

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

O ATUAL ESTÁGIO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA
SAÚDE?

Análise crítica e a busca por um consenso

LIVIA DOS SANTOS SENA

RIO DE JANEIRO

2014

LIVIA DOS SANTOS SENA

O ATUAL ESTÁGIO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA
SAÚDE?

Análise crítica e a busca por um consenso

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Fábio de Souza Silva

RIO DE JANEIRO

2014

S. Sena, Livia, 1990-

O atual estágio do controle judicial das políticas públicas de saúde no Brasil: proteção ou desproteção da saúde? Análise crítica e a busca por um consenso/S. Sena, Livia-2014.

83f; 31cm

Orientador: Fábio de Souza Silva.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Curso de Direito, 2014.

1. Controle Judicial de Políticas Públicas. 2. Direito à Saúde. 3. Direito Constitucional. I. Silva, Fábio de Souza. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. III. Título.

CDD 341.3517

LIVIA DOS SANTOS SENA

O ATUAL ESTÁGIO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA
SAÚDE?

Análise crítica e a busca por um consenso

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Fábio de Souza Silva – Presidente da Banca Examinadora
Professor Mestre da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha
Professor Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Eduardo Ribeiro Moreira
Professor Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Ao Enzo, luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Fábio Souza, agradeço pela atenção sempre dispensada e, principalmente, pelos rumos apontados, que acrescentaram considerável valor ao trabalho. Sem o incentivo à lapidação das ideias originais, o resultado teria sido muito menos produtivo.

Aos meus pais, Sergio e Rita, agradeço pelo amor e pelo apoio incondicionais em todas as fases e momentos da vida. A vocês eu devo tudo.

Ao meu sobrinho Enzo, pela felicidade que é ver cada sorriso seu. Sua presença é, sempre foi e sempre será fundamental na minha vida.

Ao Vinicius, um agradecimento mais que especial, pelo companheirismo, pelo amor, pela inspiração e pela confiança sem fim. Desde as primeiras palavras, você está em cada entrelinha.

Aos amigos que a Faculdade Nacional de Direito me deu a alegria de conhecer, em especial Clarissa Maria, Clarissa Prallon e Larissa, por tudo o que vivemos ao longo desses cinco anos. Esse foi só o começo.

À amiga de infância Manoela, pelas confidências e experiências compartilhadas por toda a vida, que tempo algum jamais será capaz de apagar.

Aos demais familiares e amigos, pela compreensão e incentivo durante os primeiros passos dessa longa caminhada.

Por fim, a todos os que fizeram da minha estadia na FND uma época repleta de momentos inesquecíveis.

“A antiga moral, notadamente a de Kant, exige do indivíduo ações que se deseja serem de todos os homens. O que é algo belo e ingênuo; como se cada qual soubesse, sem dificuldades, que procedimento beneficiaria toda a humanidade, e portanto que ações seriam desejáveis.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

SENA, L. S. *O atual estágio do controle judicial das políticas públicas de saúde no Brasil: proteção ou desproteção da saúde? Análise crítica e a busca por um consenso*. 2014. 83f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2014.

Em linhas gerais, o presente estudo visa abordar os aspectos limitativos da judicialização da saúde no Brasil, motivado pelas consequências práticas que esse fenômeno tem causado quando considerado no contexto global das políticas públicas. Estabelecidas algumas premissas teóricas acerca do direito à saúde – desde o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, passando pela efetividade do direito à saúde, até chegar aos conceitos interdependentes de mínimo existencial e reserva do possível – a análise adentrará os obstáculos ao controle judicial das políticas públicas sanitárias, consideradas as questões técnicas e institucionais que tangenciam a atuação judicial. Nesse contexto se insere a discussão acerca da sindicabilidade dos atos administrativos sanitários revestidos de discricionariedade técnica, por desempenharem atividade altamente especializada. Em seguida, a abordagem se concentrará na teoria da capacidade institucional, segundo a qual falece ao Poder Judiciário o conhecimento específico necessário à resolução de conflitos políticos, o que o faz desconsiderar o caráter plurilateral das decisões referentes ao direito à saúde, tendo em vista sua função primordial de resolver conflitos individuais. O Poder Judiciário carece de maior aporte técnico e de informações que permitam decisões que considerem todo o contexto fático atingido pela política estabelecida pelo administrador. Assim, o estudo se enveredará pela discussão acerca dos efeitos sistêmicos que a enxurrada de decisões judiciais no âmbito do direito à saúde tem provocado e concluirá pela busca de um caminho consensual entre as instituições.

Palavras-chave: Controle Judicial de Políticas Públicas. Direito à Saúde. Discricionariedade Técnica. Teoria da Capacidade Institucional. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

SENA, L. S. *The current stage of judicial review of public health policies in Brazil: protection or unprotection of health? Critical analysis and the search for a consensus.* 2014. 83f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2014.

Generally speaking, the present study aims to address the restrictive aspects of the judicialization of health in Brazil, motivated by the practical consequences that this phenomenon has caused when considered in the overall context of public policies. A few theoretical assumptions being established about the right to health – from the recognition of social rights fundamentality, passing by the effectiveness of the right to health, until reaching the inter-dependent concepts of minimum existential and reserve for contingencies – the analysis will go into the obstacles to judicial review of public health policies, considered the technical and institutional issues that affect judicial performance. In this context emerges the discussion about the judicial appreciation of health administrative acts covered by technical discretion, for performing highly specialized activity. Then, the approach will focus on the institutional capacity theory, according to which the Judiciary lacks the specific knowledge that is necessary for the resolution of political conflicts, what makes it disregard the plurilateral nature of decisions regarding the right to health, due to its primordial function to solve individual conflicts. The Judiciary lacks greater technical contribution and information allowing decisions that consider the entire factual context affected by the policy established by the administrator. Thus, the study will be placed by the discussion about the systemic effects that the flurry of Court decisions in the context of the right to health has caused and will conclude by the search for a consensual path between the institutions.

Key words : Judicial Review of Public Policies. Right to Health. Technical Discretion. Institutional Capacity Theory. Institutional Dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. ..	15
2.1 Atual panorama constitucional: o neoconstitucionalismo e sua influência na promoção e no controle das políticas públicas de direitos sociais.	15
2.2 Direitos sociais como direitos fundamentais: algumas considerações.	18
2.2.1 <u>A questão da dupla fundamentalidade</u>	18
2.2.2 <u>Direitos sociais como “direitos a algo”</u>	20
2.3 A efetividade dos direitos sociais ante os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível: o caso particular do direito de acesso à saúde.	22
2.3.1 <u>A efetividade do direito a prestações de saúde</u>	23
2.3.2 <u>O mínimo existencial na esfera do direito à saúde</u>	26
2.3.3 <u>A cláusula da reserva do possível</u>	28
2.4 O disciplinamento do direito à saúde no Brasil e o fenômeno da elitização do controle judicial das políticas públicas sanitárias.....	31
3 OBSTÁCULOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PROBLEMA DA ATECNIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E A QUESTÃO INSTITUCIONAL.	34
3.1 A sindicabilidade dos atos administrativos discricionários no âmbito das políticas públicas sanitárias.....	34
3.1.1 <u>O conceito de discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados</u>	35
3.1.2 <u>Distinções entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa</u>	37
3.1.3 <u>A discricionariedade técnica como limite à atuação judicial?</u>	40
3.2 A teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário.	44
3.2.1 <u>A origem da crítica institucional</u>	45
3.2.2 <u>A teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule</u>	47
3.2.3 <u>Efeitos sistêmicos das decisões judiciais no âmbito do direito à saúde</u>	50
3.2.4 <u>O papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos distributivos</u>	52
4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: DELIMITANDO AS FRONTEIRAS PARA UM CONTROLE SAUDÁVEL.	55
4.1 O impacto das demandas individuais na organização das políticas públicas de saúde.....	55

4.1.1 <u>O impacto em termos orçamentários</u>	56
4.1.2 <u>O impacto em termos de equidade</u>	58
4.2 O acesso às prestações de saúde através das tutelas coletivas.	59
4.3 Diálogos institucionais: uma alternativa coerente.	63
4.3.1 <u>A busca pelo diálogo institucional.</u>	64
4.3.2 <u>Experiências intersetoriais no direito brasileiro.</u>	67
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se no Brasil uma era de expansão do Poder Judiciário. De mera boca que pronuncia as palavras da lei, as Cortes passaram a ter um papel criativo na interpretação do Direito, ocupando parte do espaço anteriormente destinado aos protagonistas do processo político majoritário – o Legislativo e o Executivo. Um dos principais fatores que contribuíram para a ascensão institucional do Poder Judiciário foi a constitucionalização do Direito.

Tradicionalmente, a expansão judicial é vinculada à constatação de que instituições ditas democráticas também podem violar direitos fundamentais, a exemplo dos regimes fascistas.¹ A traumática experiência levou à positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional e à atribuição da função de fiscalizar o respeito a esses direitos a órgãos judiciais, notadamente em virtude do seu insulamento político.

Neste cenário, a democracia da maioria foi substituída por uma democracia constitucional. Após anos de relegação das Constituições a um papel secundário, em uma verdadeira cultura de insinceridade normativa,² a Lei Fundamental assumiu finalmente seu papel centralizador da ordem jurídica e política, do qual irradiam preceitos de natureza impositiva que consubstanciam valores e fins constitucionais, cuja realização foi atribuída primordialmente às políticas públicas.

Segundo Ana Paula de Barcellos, as políticas públicas compreendem um conjunto de atividades, titularizadas pela Administração Pública, que envolve os mais variados tipos de ações e programas, com o objetivo de “efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica”.³ Assim, quando esses comandos constitucionais envolvem a promoção de direitos fundamentais, torna-se imprescindível a existência de alguma forma de controle.

Sob o manto da Constituição de 1988, os dois elementos conjugados – a ascensão institucional do Judiciário e a constitucionalização do Direito – foram os principais responsáveis pela atribuição deste controle ao Poder Judiciário. Assim, desenvolveu-se uma

¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª edição, 2ª tiragem, 2012, p. 4.

² BARROSO, Luís Roberto. **Vinte Anos da Constituição de 1988**: o Estado a que chegamos. Rio de Janeiro, 2008, p. 49.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, janeiro/fevereiro/março, 2007, p.11.

expressiva judicialização da política no Brasil, a qual resultou na submissão de inúmeras questões políticas ao Judiciário.⁴ Em matéria de saúde, a judicialização foi levada ao extremo, e por este motivo foi eleita como o objeto principal deste trabalho.

Desta forma, o primeiro capítulo será dedicado à influência do neoconstitucionalismo no controle judicial das políticas públicas, ao lado de algumas considerações a respeito do direito à saúde como direito fundamental, discorrendo sobre sua efetividade e fazendo um contraponto entre a teoria da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial. O capítulo concluirá com a análise de quem são os verdadeiros beneficiários da judicialização da saúde no Brasil.

O segundo capítulo enfrentará a discussão em torno dos limites técnicos e institucionais ao controle exercido pelo Poder Judiciário no que toca às políticas públicas de saúde, contestando a real efetividade deste controle. Há uma avalanche de decisões, sobretudo acerca do fornecimento de medicamentos, em que o Poder Judiciário adentra os critérios técnicos das políticas adotadas pelos administradores, desconsiderando os efeitos dessas decisões no contexto global das políticas públicas.

Adentrando esta discussão, questiona-se a sindicabilidade dos atos administrativos sanitários editados com fundamento em critérios técnicos. Se a decisão é tomada com base em critérios extrajurídicos, não seria correto ceder espaço a um controle exercido por um órgão única e exclusivamente jurídico, pois por mais que se argumente a existência de auxiliares técnicos e peritos, a decisão ao fim e ao cabo será tomada pelo magistrado.

Nesta esteira, a teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário adverte que essa interferência dos magistrados nos critérios políticos e especializados definidos pelos administradores é potencialmente falível e gera efeitos sistêmicos, uma vez que eles não detêm as informações necessárias à tomada dessas decisões. A crítica institucional aponta para o fato de que não se espera que o juiz seja um “juiz-Hércules”⁵, e sim que ele exerça sua função consciente de suas limitações.

Em seguida, a terceira parte do estudo abordará as implicações que o atual estágio do controle judicial das políticas públicas sanitárias tem trazido à própria organização da

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 407.

⁵ O “juiz-Hércules” é uma figura metafórica utilizada por Dworkin para definir o juiz ideal, capaz de encontrar a resposta certa para os casos difíceis. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, *apud* FERREIRA, Siddharta Legale. COSTA, Aline Matias da. Núcleo de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde: constitucionais ou inconstitucionais? Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro, v. 20, nº 36, p. 219.

Administração Pública, bem como o impacto dessa intervenção em relação aos beneficiários do sistema público de saúde. A intensa atuação dos magistrados nas causas que envolvem o direito à saúde revela a necessidade de se desenvolver essa discussão.

Por fim, serão analisadas duas propostas doutrinárias para a evolução do tema, com destaque para a teoria dos diálogos institucionais. A grande virtude da teoria dialógica é reconhecer as vicissitudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre os poderes e a sociedade civil é a chave para a construção de um processo deliberativo mais realista e conducente às melhores decisões.

Parece, portanto, que a judicialização da saúde levada a efeito no Brasil atropela diversos elementos essenciais. Muitos dos aspectos que serão abordados ao longo do trabalho são absolutamente ignorados pelos magistrados ao proferir suas decisões, em atitude que ameaça invadir o terreno da irresponsabilidade. Chega-se então a um impasse, que constitui a razão primordial deste estudo: não configuraria então, essa judicialização excessiva, uma desproteção da saúde?

2 O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.

2.1 Atual panorama constitucional: o neoconstitucionalismo e sua influência na promoção e no controle das políticas públicas de direitos sociais.

A expressão “neoconstitucionalismo” foi difundida no direito brasileiro a partir da obra de Miguel Carbonell, intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*. Desde então, a denominação tem sido utilizada para designar o conjunto de fenômenos que alçou a Constituição ao centro do universo jurídico. Embora encontre referências nos pensamentos dos mais variados juristas⁶, o que revela o caráter heterogêneo do conceito – como sugere o próprio título da obra de Carbonell –, o constitucionalismo contemporâneo reúne alguns elementos comuns a todos eles.

É possível sintetizar os principais aspectos do neoconstitucionalismo em duas classes principais, de acordo com a classificação de Ana Paula de Barcellos⁷. Quanto ao aspecto metodológico-formal, há três premissas teóricas: a força normativa da Constituição, a superioridade da Constituição e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos. O neoconstitucionalismo busca instrumentos aptos a concretizar tais pressupostos formais, realizando a vontade do constituinte originário.

O grande mérito do neoconstitucionalismo é, sem dúvidas, o estímulo a que todos os envolvidos no processo político envidem esforços no sentido de transmutar esses ideais de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em realidade, plenamente aplicável ao contexto fático subjacente à norma. Nesse contexto, surge a discussão acerca do controle das omissões inconstitucionais, o que inclui a omissão relativa a políticas de promoção dos direitos sociais.

A partir da consolidação do paradigma do constitucionalismo contemporâneo, o caráter meramente programático de algumas disposições constitucionais, especialmente daquelas que materializam direitos sociais, deixou de justificar o esquivo ao seu cumprimento, passando a demandar verdadeiras políticas públicas de implementação dos objetivos nelas consubstanciados. A positivação de direitos a prestações de cunho social em

⁶Citando apenas alguns exemplos: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Peter Häberle.

⁷BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p.2.

uma Constituição dotada de normatividade exige o comprometimento dos três Poderes à sua efetiva concretização.

É precisamente neste âmbito que se insere a segunda classe de características do neoconstitucionalismo apontada por Barcellos, relativa aos aspectos materiais. Sob esse prisma, há dois elementos de destaque: a incorporação de valores e opções políticas no corpo constitucional, notadamente no que tange aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, e a expansão de conflitos entre as próprias normas que integram o sistema constitucional.

Por óbvio, o atual momento constitucional está umbilicalmente associado à história do constitucionalismo. De documento essencialmente político, conveniente aos governos ditatoriais legicêntricos que permearam grande parte do século XX, a Constituição passa a concentrar elevada carga axiológica, aproximando-se da concepção que vigorava nos Estados Unidos desde os primórdios do constitucionalismo.⁸

Após a Segunda Guerra Mundial, houve, nas palavras de Luís Roberto Barroso, um “avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária”.⁹ No pós-guerra, a maior parte dos países ocidentais sentiu a necessidade de se evitar que o Estado fosse cúmplice de barbáries, e a solução encontrada foi justamente a constitucionalização de valores e princípios associados aos direitos fundamentais¹⁰. No Brasil, esse movimento de constitucionalização do direito se consolidou com a promulgação da Constituição de 1988, em virtude de nossa redemocratização relativamente tardia.

A ampliação do texto constitucional pelo Poder Constituinte de 1988, que passou a abranger um número muito maior de normas abertas, deu azo a diversos embates entre princípios e valores dotados de *status* constitucional, dentre os quais se destacam aqueles relacionados aos direitos fundamentais. Em razão da impossibilidade de hierarquização *a priori* dos direitos envolvidos nesses conflitos, este movimento de expansão demanda necessariamente a atuação de um órgão, independente e imparcial, para a solução desses conflitos – no nosso sistema jurídico-político, o Poder Judiciário.

Neste sentido, o ativismo judicial acaba por se revelar como uma consequência lógica da supremacia constitucional. No Brasil, a “doutrina brasileira da efetividade”¹¹ –

⁸SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, vol. 3, n. 9, jan. 2009, p. 5.

⁹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, dezembro/2008, p. 1.

¹⁰BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p.4.

¹¹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização...**, p. 1.

termo cunhado por Cláudio Pereira de Souza Neto – desenvolveu-se no sentido de dar a máxima efetividade possível às normas constitucionais. Portanto, quando as políticas adotadas pelo Poder Público se mostram insuficientes, deficientes, ou até mesmo inexistentes, é possível se falar em inconstitucionalidade, perfeitamente apreciável pelo Poder Judiciário.

Não é tarefa pouco árdua a que assume o Poder Judiciário nessa reviravolta em seu papel constitucional. A atuação judicial cresceu em relevância à medida que os valores e opções políticas, antes considerados fatores externos ao direito, foram absorvidos pelo texto constitucional.¹² Deve-se, contudo, evitar um avanço excessivo do Judiciário no espaço da política, apesar de se reconhecer que seu controle judicial é por vezes indispensável.

Desta forma, as políticas públicas que consubstanciam prestações materiais são constantemente questionadas judicialmente. Em relação à legitimidade do controle judicial das políticas públicas, os limites espaciais desta monografia impedem maiores reflexões a respeito. As imposições constitucionais são dirigidas aos três Poderes constituídos e, aplicando o sistema de freios e contrapesos adotados pela nossa Carta Magna, firma-se aqui o pressuposto de legitimidade do controle de uns pelos outros.

Os direitos sociais, de forma geral, foram universalizados e incluídos no rol de direitos fundamentais com o advento da Constituição de 1988. Tendo em vista sua afinação com o ideal de justiça social e igualdade material que emergiu do novo ideário constitucionalista, surge a reflexão a respeito de sua proteção e do real papel que o Poder Judiciário deve desempenhar nessa conjuntura.

Diante disso, a doutrina tem se digladiado em torno da própria fundamentalidade desses direitos e dos seus limites e garantias. O reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais provoca diversas implicações. Porém, em que pese posições em contrário, os direitos sociais, em nosso contexto jurídico-político, não admitem preterição em relação aos direitos individuais e políticos. As controvérsias que envolvem o tema serão a seguir exploradas.

¹² Neste sentido, MENDES e BRANCO: “Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

2.2 Direitos sociais como direitos fundamentais: algumas considerações.

Por mais que, à primeira vista, se afigure inarredável o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais na nossa ordem constitucional, dada a sua posituação expressa na nossa Carta Magna, a tese de que os direitos sociais são de fato direitos fundamentais é amplamente controvertida na doutrina.

Inicialmente, deve-se alertar que diversas designações são utilizadas pelos mais variados juristas e ordenamentos jurídicos, tais como “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”. Não há consenso terminológico na doutrina quanto ao significado e conteúdo do que aqui se optou denominar direitos fundamentais, na linha do que sugere Ingo Wolfgang Sarlet¹³. A própria Constituição de 1988 utilizou termos diversos, o que contribui para a discussão que ora se coloca.

Neste sentido, para melhor elucidar a controvérsia, cumpre distinguir os direitos fundamentais dos direitos humanos. Direitos fundamentais consistem nos direitos consagrados no âmbito do direito interno de cada Estado, no plano constitucional, ao passo que direitos humanos são aqueles consagrados no plano internacional.

A partir dessa contraposição de conceitos, e de uma análise puramente formal-positivista da Constituição, poder-se-ia extrair que são fundamentais aqueles direitos previstos no texto constitucional. Realmente, sob este prisma, parece uma obviedade afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais. Contudo, a discussão que se segue apresenta elementos de tal sorte complexos que tal simplificação seria até mesmo irresponsável.

2.2.1 A questão da dupla fundamentalidade.

O primeiro aspecto a se considerar é o que se convencionou chamar de dupla fundamentalidade, formal e material, de que são dotados os direitos fundamentais. A despeito de, conforme já exposto, não se poder limitar a discussão a uma análise meramente topológica

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

da Constituição, também é certo que não se pode desvincular esta análise do que determinou a nossa Carta.

Assim, do ponto de vista formal, não há dúvidas de que os direitos fundamentais contemplam em seu bojo os direitos sociais. O Título II da Constituição prevê os direitos e garantias fundamentais, e nele se encontram abrigados os direitos sociais. O constituinte originário deixou clara a intenção de incluir os direitos sociais na especial proteção designada a todos os direitos fundamentais.

Apesar da controvérsia a respeito da literalidade do artigo 60, §4º, IV, a posição defendida neste trabalho é no sentido de que o legislador disse menos do que devia. Portanto, através de uma interpretação histórica, sistemática e necessariamente universalista dos artigos 60, §4º, IV e 5º, §1º da Constituição da República, tem-se que todos direitos fundamentais abarcados pelo Título II são protegidos contra o poder de reforma, bem como são dotados de máxima eficácia e aplicabilidade imediata.

Já no que diz respeito à fundamentalidade material dos direitos sociais, há forte dissenso na doutrina. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade material se funda na circunstância de ter o constituinte designado a determinados bens jurídicos relevância e essencialidade suficientes a ponto de lhe conceder maior proteção jurídica em relação às demais normas constitucionais.¹⁴

Alguns autores defendem a fundamentalidade de todos os direitos sociais previstos na Constituição, independentemente de sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Outros são defensores ferrenhos da tese diametralmente oposta. Na visão de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial de cada direito materialmente fundamental.¹⁵ Compartilhando este entendimento, José Afonso da Silva afirma que direitos fundamentais são:

“aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma vida digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.¹⁶

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina, TRF4, nº 24, julho/2008, p. 176.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 273.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 176.

Sustentando a tese oposta, Canotilho critica a tentativa de restringir os direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana. O jurista afirma que a consequência da exclusão dos direitos não diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana levaria a uma teoria de direitos fundamentais desconexa com a Constituição, uma vez que esta também consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas. Portanto, esta concepção não seria suficiente em nosso contexto constitucional.¹⁷

Não é a tese que se adota neste trabalho. Concorde-se aqui com o exposto por Ingo Sarlet, segundo o qual o princípio da dignidade da pessoa humana consistiria no “fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados”.¹⁸

Assim, parte-se de uma exegese inclusiva, que reconhece a vontade do constituinte de contemplar os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, uma vez que, em maior ou menor grau, todos guardam alguma relação com a dignidade da pessoa humana. Conforme bem sintetizado por Andreas J. Krell, “a interpretação dos direitos sociais não é uma questão [vale dizer, *apenas*] de lógica jurídica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo”.¹⁹

Em uma sociedade fortemente marcada pela desigualdade social e econômica, os direitos sociais têm importante papel na busca pela igualdade material e, conseqüentemente, na concretização de uma vida digna. Em razão dessa relevância, devem ocupar lugar de destaque na Constituição, com especial proteção, qualificando-se indubitavelmente como direitos fundamentais.

2.2.2 Direitos sociais como “direitos a algo”.

Na clássica dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais, coube aos primeiros a definição de que são direitos que implicam em deveres negativos, enquanto aos segundos foi reservado o pressuposto de que exigem do Estado prestações positivas,

¹⁷Idem.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 109.

¹⁹ KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, nº 144, p. 239-260, outubro/dezembro, 1999, p. 246.

referentes a uma obrigação de fazer, que devem seguir a diretriz de ampliar a fruição da liberdade por uma parcela cada vez maior da população. No entanto, apesar de adequada à finalidade dos direitos sociais, esta concepção não pode ser encarada de forma peremptória.

Consoante lição de Robert Alexy, os direitos sociais são direitos a prestações em sentido estrito, que dizem respeito a “direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social”.²⁰ Essa atuação do Estado Social pode significar tanto ações positivas quanto ações negativas, e ambas estão inseridas na esfera dos direitos a algo.²¹

Neste sentido, a Constituição de 1988 previu expressamente em seu rol de direitos sociais tanto direitos de defesa (que pressupõem, em regra, ações negativas, como o direito de greve) quanto direitos a prestações (que pressupõem, em regra, ações positivas, como o direito à moradia e à saúde).

Portanto, não se pode vincular necessariamente os direitos sociais a prestações positivas, pois, na ótica do constituinte, também são sociais os direitos que garantem a liberdade e proteção de bens jurídicos especialmente vulneráveis ao poder social, estatal e econômico, como os direitos dos trabalhadores.²²

Nesse contexto, é importante destacar que os direitos de defesa, apesar de primordialmente demandarem uma atuação negativa, e os direitos a prestações, embora naturalmente demandem uma atuação positiva, podem gerar situações em que será necessário inverter essas posições. Assim, muitas vezes um mesmo direito apresentará dimensões positivas e negativas, prescrevendo tanto ações quanto omissões estatais.²³

Exatamente por este motivo, não se pode apor a questão da alocação de recursos, inerente às prestações positivas, como obstáculo à tutela judicial dos direitos sociais. Se não configura um impeditivo aos direitos de defesa, que por vezes apresentam nuances positivas, não pode também configurar impeditivo aos direitos prestacionais.

²⁰ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 175.

²¹SILVA, Fábio de Souza. *O Dilema de Asclépio*: análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense para a obtenção do título de Mestre em Sociologia e Direito. Rio de Janeiro, 2009, p. 28.

²²SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 176.

²³“*Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas*”. Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, p. 10.

O argumento de que direitos negativos não geram custos é equivocado. Não há como se distinguir os direitos individuais e os direitos sociais com base nas obrigações de fazer e não fazer. De acordo com Abramovich e Courtis, se ainda há razões para distinguir estas duas espécies de direitos, certamente essas razões não tem relação com a efetivação dos direitos sociais na via judicial.²⁴

Ressalte-se que não se está aqui a negar o traço indiscutivelmente prestacional dos direitos sociais, com a consequente demanda por vultosos recursos orçamentários. O que aqui se propõe é que não há sentido em se negar a justiciabilidade desses direitos em razão de sua natureza economicamente relevante, uma vez que todos os direitos fundamentais, em maior ou menor intensidade, envolvem a necessidade de gastos públicos.

Assim, em razão da imprescindibilidade de atuação positiva do Poder Público, tanto em relação aos direitos a prestações como em relação aos direitos de defesa, coloca-se a questão da disponibilidade financeira do Estado para garantir a efetividade dos direitos sociais, notadamente do direito a saúde. O tema, a seguir explorado, ocupa grande parte do debate e, se não pode ser subestimado, tampouco deve ser superestimado.

2.3 A efetividade dos direitos sociais ante os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível: o caso particular do direito de acesso à saúde.

Antes de adentrar o debate a que se propõe este segmento do trabalho, há de se fazer uma importante ressalva: o direito constitucionalmente assegurado consiste em um direito a prestações de saúde, e não à saúde propriamente dita.

A relevância da distinção reside na circunstância de que o direito de acesso à saúde abre espaço para o reconhecimento de que, em determinadas situações, o Poder Judiciário deve se abster de conceder o pedido formulado, em função de a prestação material pleiteada estar além dos padrões de saúde que podem ser exigidos do Estado por qualquer indivíduo, na qualidade de cidadão.²⁵

²⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. O Poder Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591.

²⁵ “O que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo

O dever do Estado de proteção e promoção da saúde não pode ser encarado como uma imposição pela busca desmesurada por qualquer meio possivelmente apto a salvaguardar a vida de cada pessoa individualmente considerada, como algumas decisões judiciais parecem asseverar. Deve-se sempre ter em mente que se está lidando com “escolhas trágicas”.²⁶

Com efeito, direito à saúde significa o direito a um conjunto de prestações que possibilitem o acesso a patamares minimamente essenciais de saúde, informados pela dignidade da pessoa humana. O direito à saúde propriamente dita não pode ser garantido pelo Estado, pois depende de uma série de fatores externos às políticas públicas que dele razoavelmente se espera.

2.3.1 A efetividade do direito a prestações de saúde.

Segundo Andreas J. Krell, a efetividade significa “o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.²⁷ Corresponde, portanto, à eficácia social do direito.

Com a atribuição de normatividade à Constituição, a programaticidade de algumas de suas disposições não é mais um impeditivo à imediata exigibilidade dos direitos que prescreve, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, §1º da CRFB/88. Em decorrência disso, muitos cidadãos recorrem ao Poder Judiciário a fim de efetivar seus direitos constitucionalmente previstos, independentemente de previsão legislativa específica.

Diante disso, é importante ressaltar que grande parte dos enunciados normativos que tangenciam o direito à saúde é formada por princípios dotados de razoável grau de indeterminação, e, como consequência, admitem múltiplas formas de realizar as finalidades que pretendem atingir.²⁸ Portanto, o constituinte delegou ao legislador uma ampla liberdade de conformação.

a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 346.

²⁶ Expressão utilizada por Guido Calabresi e Phillip Bobbit para designar as difíceis opções alocativas de recursos que devem ser feitas quando estes são escassos. O termo deu título à obra *Tragic Choices*.

²⁷ KRELL, Andreas J. op. cit., p. 243.

²⁸ “A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“livre espaço de conformação”). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema pluralista, as normas

Contudo, conforme adverte Ana Paula de Barcellos, incumbir ao direito ordinário a tarefa de delimitar o sentido das disposições constitucionais em toda a sua extensão equivaleria a uma subversão da relação hierárquica existente entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional.²⁹ Assim, embora não seja possível definir precisamente a finalidade pretendida pelo enunciado, há um conteúdo mínimo em torno do qual há consenso de que não pode ser desrespeitado.

Desta forma, a efetividade das normas constitucionais não depende necessariamente de atuação do legislador ordinário. Em se tratando do direito à saúde, a lógica não é diferente. Embora as leis e as políticas públicas cumpram um papel importante na intermediação entre a Constituição e a realidade social, a própria fundamentalidade do direito impede que sua eficácia social seja submetida à mera disponibilidade do Poder Público.

Nesse sentido – embora sob ângulo diverso – e com o intuito de fortalecer a proteção aos direitos sociais, foi desenvolvido o princípio da vedação ao retrocesso social, que visa evitar a redução do grau de concretização que a própria legislação já havia conferido ao enunciado normativo, viabilizando o alcance, em maior escala, da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais nele previstos.³⁰

No caso específico do fornecimento de medicamentos, por exemplo, foi editada a Lei Federal 9.313/96, que dispõe acerca da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes de AIDS. A revogação dessa lei configuraria verdadeiro retrocesso em relação às conquistas obtidas no âmbito do direito a prestações de saúde, incorrendo em inconstitucionalidade, impugnável na via judicial.³¹

Todavia, o problema maior da reduzida eficácia social dos direitos sociais não é a ausência de leis ordinárias ou a tentativa de supressão dessas leis, e sim a falha na implementação das políticas públicas que elas estabelecem. É aqui que a judicialização encontra sua maior expressão. A ausência de lei permite a concretização do mínimo

constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos”. Cf. *Ibidem*, p. 241.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009, p. 808.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p.13.

³¹ “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”. Cf. KRELL, Andreas J., *op. cit.*, loc. cit.

existencial pelo Judiciário, mas o seu descumprimento enseja a execução compulsória da política que ela promove.³²

No ano de 2009, foi realizada uma Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal para debater as questões afetas à judicialização da saúde, tendo em vista o elevado número de ações buscando a efetividade desse direito. Havia nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos, que foram reunidos para julgamento conjunto.³³

Após a realização da Audiência Pública, restou demonstrado que a maior parte das ações ajuizadas objetivando o fornecimento de medicamentos decorre da inexecução de políticas públicas já existentes. A constatação deste fato levou o Ministro Gilmar Mendes a consignar que

“[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas”.³⁴

Diante deste cenário, há de se reconhecer que o Poder Judiciário é peça importantíssima para a garantia da efetividade do direito à saúde. No entanto, a justiça encontra limites – que serão abordados ao longo deste estudo – que evidenciam que a plena eficácia social, não só do direito à saúde, como também dos demais direitos sociais, depende de uma atuação conjunta de todos os poderes constituídos, vinculados que são pela Constituição.

Abordar o tema da efetividade do direito à saúde importa em reconhecer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis do Poder Público. Esse reconhecimento, por sua vez, suscita a questão a respeito de quais prestações se inserem no campo de fornecimento obrigatório pelo Estado. A necessidade de uma resposta satisfatória a essa pergunta levou ao desenvolvimento do conceito do mínimo existencial, instituto que será objeto do próximo item.

³² Ibidem, p. 242.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde**. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, 2010/2011, p. 33.

³⁴ Idem.

2.3.2 O mínimo existencial na esfera do direito à saúde.

A ideia primária da teoria do mínimo existencial remonta ao início da década de 1950, quando, na Alemanha, o jurista Otto Bachof passou a sustentar a necessidade de se garantir recursos mínimos para uma existência digna. A Corte Constitucional Alemã, a partir de uma interpretação sistemática do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física combinados com o princípio do Estado Social, positivados na Lei Fundamental de Bonn, extraiu o direito a um mínimo indispensável.

No Brasil, o primeiro ensaio destinado a analisar o mínimo existencial foi escrito por Ricardo Lobo Torres, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que nele assentou que o mínimo existencial seria o “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.³⁵

A partir do conceito intencionalmente aberto, pode-se depreender que o mínimo existencial “abrange qualquer direito considerado em sua dimensão essencial e inalienável”,³⁶ e é bom que seja assim. O que é minimamente essencial para determinada sociedade em dado contexto histórico pode não o ser para outra, e portanto a ideia do mínimo existencial varia de acordo com o tempo e o espaço.

Em virtude da fluidez do conteúdo do mínimo existencial, uma definição precisa do núcleo essencial de cada direito só pode ser obtida a partir da análise do caso concreto. Abstratamente considerado, o mínimo existencial é tão etéreo quanto vago.

Entretanto, alguns doutrinadores buscam estabelecer padrões para sua determinação, o que não é tarefa fácil. No âmbito do direito à saúde, Ana Paula de Barcellos³⁷ propõe dois parâmetros para distinguir as prestações de saúde que se incluem na esfera do mínimo existencial das prestações que devem ser excluídas desse círculo por não se adequarem ao conceito.

O primeiro parâmetro seria a relação custo-benefício da prestação. De acordo com este parâmetro, deve-se priorizar a prestação de saúde capaz de atender o maior número de

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 1990, p. 69.

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2ª tiragem, 2009, p. 305.

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **O Direito a Prestações...**, p. 810.

pessoas pelo menor custo. Esta prestação, por destinar-se a toda a coletividade de forma homogênea, estaria protegida pelo mínimo existencial. Contudo, a própria autora critica este critério por ter um viés utilitarista, que não se harmonizaria com a ideia de igualdade material.

O segundo parâmetro soa mais adequado. Seria a incorporação no mínimo existencial das prestações de saúde que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente necessitarão ao longo da vida. Neste critério incluem-se o acompanhamento pré-natal das gestantes, o saneamento básico e o controle de doenças típicas da terceira idade.

A tentativa de se estabelecer patamares mínimos de acesso à saúde decorre da ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana orienta o mínimo existencial, no sentido de que este está além da garantia de mera existência, ou seja, ele deve abranger mais do que o mínimo vital. A existência digna situa-se “além do limite da pobreza absoluta”³⁸, englobando a concepção de uma vida saudável e com certa qualidade.

Endossando este posicionamento, Luís Roberto Barroso identifica o mínimo existencial como o “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral”³⁹, e proclama que “aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”⁴⁰.

Neste sentido, a Constituição da Organização Mundial de Saúde define a saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social”, o que indica que sua proteção deve ir além da ausência de doenças.⁴¹ Desta forma, é possível inferir que, em matéria de saúde, o mínimo indispensável contempla o direito à saúde preventiva e o direito à saúde curativa, além de aspectos ligados ao bem-estar psicossocial do indivíduo.

Portanto, dispensa maiores comentários a assertiva de que a garantia do mínimo existencial é necessária para direcionar a atuação estatal, servindo como diretriz para a promoção de políticas públicas e como limite à restrição dos direitos fundamentais, o que não significa que as medidas protetivas desses direitos devem se limitar à sua garantia. Com o perdão pela tautologia, o mínimo existencial é limite mínimo, e não máximo, à atuação do Poder Público.

Além disso, o mínimo existencial atua como parâmetro para a intervenção do Poder Judiciário. A garantia de uma vida digna, quando não é assegurada pelas políticas promovidas pelo governo, enseja o controle judicial. Contudo, esse controle esbarra em um elemento

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 180.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 275.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 200.

crucial inerente a qualquer escolha que envolva a alocação de recursos públicos: a reserva do possível.

2.3.3 A cláusula da reserva do possível.

A reserva do possível foi um conceito desenvolvido pela jurisprudência alemã no paradigmático caso *Numerus Clausus*, onde se concebeu a ideia de que a “construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos)”.⁴²

A decisão do Tribunal Alemão utilizou uma linha argumentativa baseada na razoabilidade da pretensão exigida do Estado, no sentido de que o indivíduo só poderia cobrar do Estado aquilo que se pode razoavelmente exigir da sociedade. Ou seja, a concepção de reserva do possível, em sua acepção original, não se restringe à existência de recursos materiais suficientes à concretização do direito.

No entanto, conforme aponta Ricardo Lobo Torres, a teoria da reserva do possível sofreu uma “desinterpretação”⁴³ quando chegou ao Brasil. Na jurisprudência pátria, os tribunais passaram a atrelar a reserva do possível à mera disponibilidade financeira do Estado.⁴⁴ Neste sentido, e em virtude do princípio orçamentário, que presume a necessidade de vinculação de receita, muitas vezes a reserva do possível foi utilizada como um escudo contra a sindicabilidade dos direitos sociais.

Porém, tal entendimento tem sofrido modificações. A jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, passou a exigir a comprovação de impossibilidade efetiva de concretização do direito exigido, em razão da ausência de verba orçamentária para tanto. No julgamento da ADPF 45, o Ministro Celso de Mello asseverou que a “cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser

⁴² KRELL, Andreas J. op. cit., p. 246.

⁴³ TORRES, Ricardo Lobo, **O Mínimo Existencial como Conteúdo...**, p. 316.

⁴⁴ Anote-se que, para o ilustre jurista, este atrelamento à disponibilidade financeira do Estado levaria à conclusão de que sempre haveria a possibilidade de concessão da prestação, pois os recursos públicos seriam inesgotáveis. Contudo, neste trabalho se entende que, inicialmente, no Brasil, esta “desinterpretação” teve o efeito inverso, qual seja, impedir a interferência do Poder Judiciário em matérias que ensejariam a realocação de recursos.

invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.⁴⁵

Por outro lado, parte da doutrina passou a sustentar a tríplice dimensão da reserva do possível: a disponibilidade fática dos recursos para a concretização do direito exigido; a capacidade jurídica de dispor de recursos materiais e humanos que viabilizem a concretização do direito; e, na esteira do que se consolidou no direito alemão, a proporcionalidade da prestação.⁴⁶

Nesse contexto, há de se esclarecer a distinção estabelecida pela doutrina majoritária entre as duas primeiras dimensões, que equivaleriam à reserva do possível fática e à reserva do possível jurídica, respectivamente. Enquanto aquela consistiria na existência de recursos aptos à satisfação da pretensão, esta corresponderia à “existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado”.⁴⁷

Daniel Sarmento, em uma tentativa de operacionalizar a reserva do possível, afirma que sua dimensão fática deve ser concebida como a possibilidade de universalização da pretensão, considerando os recursos existentes⁴⁸, uma vez que se considerarmos apenas o custo de uma demanda individual frente à totalidade das verbas orçamentárias, sempre seria possível sua concessão.

Em relação à reserva do possível jurídica, o autor sustenta que a existência de autorização orçamentária deve ser um norte para as decisões judiciais, mas não tem o condão de, por si só, impedir a efetivação judicial da prestação pleiteada.

Diante destas considerações, nota-se que o aspecto tripartite da reserva do possível foi uma evolução doutrinária que lhe concedeu contornos mais flexíveis. Ao lado dos componentes fáticos e jurídicos, a utilização do princípio da proporcionalidade como vetor de interpretação da reserva do possível possibilita que, mesmo em situações onde haja disponibilidade fática e jurídica de prestar auxílio ao indivíduo, o Estado se abstenha de fazê-lo, por não ser uma prestação razoavelmente exigível.

Neste sentido, Ingo Sarlet sustenta que a atuação do Estado deve ser subsidiária. O indivíduo tem o dever de zelar pelo seu sustento e o de sua família e, portanto, deve-se

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 189.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009, p. 573.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 572.

perquirir acerca da real necessidade de que o serviço seja prestado pelo Poder Público. Assim, se o indivíduo tiver recursos próprios capazes de lhe prover as mesmas condições de acesso à saúde, não deve ser imposto ao Estado o ônus de arcar com esse custo.⁴⁹

A propósito, muito além da mera ausência de recursos financeiros, a reserva do possível está relacionada à prerrogativa do legislador de eleger prioridades, desde que tal escolha não implique em limitação de outros direitos exigíveis.⁵⁰ Desta percepção advém a fixação do mínimo existencial como um contraponto, pois a reserva do possível não pode servir de fundamento à sua violação. Também ela deve ser limitada. Assim, somente as prestações materiais que ultrapassarem o núcleo essencial estarão sujeitas às restrições apostas pela reserva do possível, cuja aplicabilidade dependerá da análise de cada caso concreto.

Desta forma, o Poder Judiciário deve agir com muita cautela ao julgar os litígios relativos à saúde. Por se tratar de um ambiente em que os recursos são escassos, condicionados à previsão orçamentária, e as necessidades são ilimitadas, deve-se ponderar considerando todo o arsenal de informações potencialmente aptas a influir na decisão, afinal toda e qualquer intervenção provoca a deslocação de recursos.

Por este motivo, o magistrado deve tentar ao máximo evitar uma decisão imprudente, pois que inevitavelmente acarretará a desassistência de outras pessoas que efetivamente necessitam do auxílio estatal. Conforme pondera Luís Roberto Barroso,

“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”.⁵¹

Antes de configurar um impedimento à efetivação judicial dos direitos sociais, a reserva do possível atua como um elemento balizador, não só da judicialização destes direitos, como da própria elaboração de políticas públicas, que também deve considerar a faceta orçamentária dos direitos sociais. Nunca é demais enfatizar que a reserva do possível traduz a

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 195.

⁵⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. **Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil**. Scientia Iuridica, Braga, Portugal, Tomo LXII, dezembro de 2013, nº 333, p. 523.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2008, p. 4.

preocupação com a melhor opção alocativa a ser feita, em um cenário de “escolhas trágicas”. Realmente, não há solução simples.

2.4 O disciplinamento do direito à saúde no Brasil e o fenômeno da elitização do controle judicial das políticas públicas sanitárias.

O direito social fundamental à saúde, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição da República, foi estruturado pela nossa ordem constitucional em um “sistema único”, constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, e disciplinado pela Lei 8.080/90 – a Lei do SUS. Esta estruturação se deu em função de um amplo movimento pela universalização das políticas públicas de saúde na época da elaboração da Constituição de 1988.⁵²

A Lei do Sistema Único de Saúde envolve a implementação de três programas principais: Programa de Atenção Básica, Programa de Medicamentos Estratégicos e Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Tais programas abrangem, respectivamente, a distribuição de medicamentos essenciais à maior parte dos problemas de saúde da população, medicamentos que se destinam ao controle de doenças endêmicas e aqueles destinados ao tratamento de doenças raras ou crônicas.

Atualmente, admite-se sem maiores reservas que quando a Administração não cumprir o seu dever de prestar assistência à população, seja por omissão, seja pela prestação deficiente dos serviços previstos nos referidos programas, cabe ao Poder Judiciário suprir as lacunas deixadas pelo administrador e viabilizar o acesso a prestações materiais a fim de concretizar o direito fundamental à saúde.

Nesse contexto, consolidou-se uma espécie de senso comum no sentido de que as camadas sociais menos privilegiadas, e que conseqüentemente não têm suas pretensões acolhidas no processo político majoritário, são compensadas por intermédio da justiça social que é levada a efeito pelo Judiciário.

Em razão desse pensamento amplamente difundido na sociedade, o Judiciário brasileiro tem insistido na concessão das prestações reclamadas, notadamente o fornecimento

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Vinte Anos...**, p. 14.

de medicamentos, nas demandas submetidas à sua apreciação, sem, contudo, avaliar quais os efeitos práticos dessa postura eminentemente concessiva.

Aqui se coloca um ponto crucial no debate: o acesso à justiça. É evidente que o acesso à justiça, no Brasil, não é um direito amplamente propagado entre a população mais carente. Os indivíduos que mais necessitam das políticas públicas implementadas pelo governo muitas vezes não dispõem de meios para acessar o Judiciário. Então, as demandas que vão a juízo na maior parte dos casos são movidas por setores mais abastados da sociedade e, ironicamente, menos afetados pelas políticas públicas de saúde.

Ricardo Lobo Torres critica esta tendência individualista do Judiciário brasileiro, e chega a afirmar que “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites”.⁵³

Neste sentido, em interessante pesquisa realizada entre os beneficiários das ações de fornecimento de medicamentos, Fernanda Vargas Terrazas⁵⁴ mapeou as decisões judiciais por meio da análise das condições socioeconômicas dos indivíduos que obtiveram êxito nas demandas ajuizadas na comarca de São Paulo.

Os resultados da pesquisa empírica indicaram que a maioria dos beneficiados foi atendida em serviços de saúde privados, o que refuta a hipótese de hipossuficiência dos autores dessas demandas. São pessoas que ordinariamente realizam tratamento nos serviços privados, e apenas quando surge a necessidade de utilizarem medicamentos de custo elevado, recorrem ao SUS.

A conclusão do estudo foi exatamente no sentido de que aqueles que obtêm resultado favorável nas ações de medicamentos pertencem a uma classe mais privilegiada.⁵⁵ Aqui, o acesso à informação, como condicionante basilar do acesso à justiça, atua como o principal elemento de seleção deste público integrante, primordialmente, da classe média.

Portanto, a ideia de que o Judiciário é meio de democratização de acesso às políticas públicas, por atender aqueles que não têm voz no cenário do processo político, é, no mínimo,

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo, **O Mínimo Existencial como Conteúdo...**, p. 326

⁵⁴ TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos**, Revista de Direito Administrativo, vol. 253, 2010, p. 97.

⁵⁵ Em pesquisa recente, Daniel Wei Liang Wang e Octávio Ferraz observaram que grande parte das ações ajuizadas pelo Ministério Público beneficia pessoas que moram em regiões menos desassistidas pelas políticas públicas de saúde e priorizam menos as demandas referentes a tratamento básico e primário de saúde. Ver: WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Atendendo os mais necessitados?** Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 10, nº 18, junho de 2013, p. 182.

precipitada. O argumento de que o processo democrático não é influenciado pelas necessidades dos grupos marginalizados, cujos interesses somente seriam acolhidos pelo Poder Judiciário, se mostra inconsistente.

Importante ressaltar, contudo, que a crítica que ora se coloca não pretende deslegitimar o controle judicial das políticas públicas, que é essencial para a proteção dos direitos sociais quando estes são relegados a segundo plano pelo Poder Público. O que aqui se sustenta é que há diversos elementos a serem considerados pelos magistrados e que ultimamente tem sido negligenciados.

É necessário que se visualize a demanda como um problema social e universal, e não apenas como algo contingencial submetido à apreciação jurisdicional, isto porque, ao se ater ao caso concreto individualmente considerado, corre-se o risco de inviabilizar o atendimento de todos aqueles que ainda não recorreram ao Poder Judiciário, às vezes por absoluta falta de meios.⁵⁶

Mais uma vez, não se pode ignorar o fato de que se está diante de “escolhas trágicas”. Em um cenário de escassez de recursos, onde grande parte da população encontra-se em um estado de absoluta dependência das políticas públicas levadas a efeito pelo governo, cada decisão que afete, ainda que indiretamente, a execução dessas políticas, deve ser cuidadosamente analisada em todos os elementos mencionados, a fim de evitar que a justiça de um se torne a injustiça de muitos.

⁵⁶ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?** Esgotamento de um modelo institucional. Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, vol. 9, nº 1, 2008, p.4.

3 OBSTÁCULOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PROBLEMA DA ATECNIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E A QUESTÃO INSTITUCIONAL.

3.1 A sindicabilidade dos atos administrativos discricionários no âmbito das políticas públicas sanitárias.

Neste cenário, muito se discutiu e ainda se discute acerca da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários, submetidos a um juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Conforme anteriormente assinalado, grande parte das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais apresentam elevado grau de indeterminação, o que confere ao legislador um amplo espaço de conformação, que este, por muitas vezes, transfere ao administrador.

Há uma gama variável de opções que se abrem ao legislador e ao administrador para a efetivação de políticas públicas. A questão é apenas de gradação. A discricionariedade administrativa é essencial à própria eficiência na organização dos serviços públicos. Como John Locke já afirmava, “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exigem o bem e a vontade do público”.⁵⁷

É inegável que a definição e a execução das políticas públicas de saúde se inserem no âmbito da discricionariedade do administrador. O Estado intervencionista apresenta normas que fixam objetivos, finalidades, o que proporciona mais liberdade decisória aos órgãos que as implementarão.⁵⁸ Por este motivo, a discussão em torno do controle judicial da discricionariedade se faz necessária a este estudo. Até que ponto seriam justificáveis as opções administrativas feitas no âmbito dos programas governamentais?

Além disso, a crescente especialização da atividade administrativa, que exige o reconhecimento da alta complexidade técnico-científica de que se revestem os atos administrativos da atualidade, impõe a análise de outro instituto correlato ao tema das políticas públicas sanitárias: a controvertida discricionariedade técnica.

⁵⁷ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, *apud*, KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa e Conceito Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 16.

3.1.1 O conceito de discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados.

Tema dos mais polêmicos na doutrina, desde o surgimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Áustria do século XIX, é o relativo à existência ou não de discricionariedade nos conceitos indeterminados. A maioria dos países europeus nunca estabeleceu uma distinção rígida entre os dois institutos – deve-se à doutrina alemã essa diferenciação.

Eduardo García de Enterría, influenciado pela doutrina germânica, aduz que os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade não se confundem. O conceito indeterminado conduziria a uma única solução justa no momento de sua aplicação a um caso concreto, em conformidade com o brocardo *tertium non datur*. Isto é: diante de um caso concreto, ou se está ou não se está diante de uma situação que pode ser subsumida ao conceito.⁵⁹ A vagueza do enunciado estaria apenas na sua abstração.

A discricionariedade, por sua vez, admitiria uma pluralidade de soluções justas perante o direito, e caberia ao agente a liberdade de optar por qualquer uma delas, guiado por critérios de conveniência e oportunidade. Desta forma, os conceitos indeterminados ensejariam um processo de interpretação cognitiva da lei, ao passo que a discricionariedade envolveria um processo volitivo.⁶⁰

Esta distinção perpassa pela dicotomia hipótese-mandamento da norma. No caso dos conceitos indeterminados, a pluralidade de opções estaria na hipótese legal da norma, ou seja, no fato-tipo. Porém, quando aplicado a um caso concreto, o conceito indeterminado se tornaria determinado, admitindo apenas uma solução aplicável. Em relação à discricionariedade, a indeterminação estaria no mandamento da norma, caso em que, diante da hipótese concreta, mais de uma solução poderia se afigurar adequada.

A discussão é importante na medida em que os autores adeptos desta distinção utilizam estes argumentos para justificar o tratamento diferenciado dispensado aos dois institutos, fundamentando o pleno controle dos conceitos jurídicos indeterminados – uma vez que o alcance exato do conceito seria extraído da norma – e, ao mesmo tempo, a

⁵⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 231, janeiro/março, 2003, p. 237

⁶⁰ TOURINHO, Rita. **A Discricionariedade Administrativa perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008, p. 6.

excepcionalidade do controle dos atos discricionários – baseados na conveniência e oportunidade.

Na Alemanha pós-nazismo esta diferenciação predominou na doutrina, aumentando o volume de atos administrativos sindicáveis pelo Poder Judiciário, em virtude de uma ampla aplicação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais foram negados como expressão da discricionariedade. Entretanto, nas últimas duas décadas tem crescido o número de doutrinadores alemães que ultrapassaram essa rígida distinção.

Peter Häberle foi pioneiro na pesquisa jurisprudencial em relação ao tema, que o levou a afirmar que a clássica dicotomia estava ultrapassada, pois a diferença entre o controle da abstração na hipótese ou no mandamento não era um fator decisivo nas decisões dos tribunais. Pelo contrário. Na prática, os tribunais decidiam com base nos efeitos práticos da decisão, e não a partir de um raciocínio prefixado.⁶¹

No direito brasileiro, também não há posição unívoca na doutrina nem na jurisprudência. Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade e os conceitos indeterminados são realidades distintas, as quais, porém, geram os mesmos efeitos jurídicos, adota a tese de que a discricionariedade pode estar tanto na hipótese quanto no mandamento da norma, e a define como

“a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo os critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.⁶²

Neste trabalho, filia-se ao exposto por Andreas J. Krell quando afirma que parece mais coerente tratar tanto os conceitos jurídicos indeterminados quanto a discricionariedade como “técnicas legislativas de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”.⁶³ No Brasil, há uma relativa tendência na jurisprudência a vedar o controle judicial de ambos os institutos, em uma postura de maior deferência à Administração Pública.

Boa parte da doutrina alemã já abandonou a clássica dicotomia. No final da década de 1970, o Tribunal Administrativo Federal alemão passou a reduzir, também, a sindicância

⁶¹KRELL, Andreas J, **Discricionariedade Administrativa...**, p. 39.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 973.

⁶³ KRELL, Andreas J, **Discricionariedade Administrativa...**, p. 48.

judicial dos atos administrativos em casos que envolvem matérias de elevada complexidade, “o que aumenta o grau de vagueza de conceitos legais indeterminados, tornando sua concretização tão difícil que o controle judicial chegue a seus limites funcionais”.⁶⁴

Até mesmo García de Enterría, adepto do controle jurisdicional pleno dos conceitos indeterminados, admite que atos que demandem juízos técnicos ou políticos conferem à Administração certa presunção em favor de sua legitimidade, em razão da incerteza do conceito. Como bem alude Andreas J. Krell, “o objetivo almejado não é o controle judicial *máximo* dos atos do Executivo, mas o *melhor* controle possível (“otimizado”), o que exige uma maior cooperação (e não competição) entre os entes estatais”.⁶⁵

3.1.2 Distinções entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.

O termo “discricionariedade técnica” foi empregado, pela primeira vez, por Bernatzik para designar “todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica, retiradas do controlo jurisdicional, porque de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica”.⁶⁶

Contudo, um século e meio depois, a expressão “discricionariedade técnica” tem sido alvo de muitas críticas, tanto no direito brasileiro como no direito estrangeiro. Ela abrange diversas nuances que se submetem a regimes jurídicos distintos, nos mais variados países onde é adotada, tendo diversas vezes se afastado consideravelmente de seu sentido original.⁶⁷

No direito brasileiro, a discricionariedade técnica surgiu por influência do direito norteamericano, e comporta duas acepções: em relação aos atos administrativos propriamente ditos e em relação aos atos normativos das agências reguladoras. Neste estudo, o foco será limitado à primeira acepção, analisando a sindicabilidade dos aspectos técnicos das decisões administrativas.

⁶⁴ Ibidem, p. 56.

⁶⁵ Ibidem, p. 57.

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 4.

⁶⁷ Exemplificando, César Pereira identifica cinco fenômenos distintos designados sob o rótulo da “discricionariedade técnica”. Ver: PEREIRA, Cesar A. Guimarães, op. cit., p. 254 ss.

No direito italiano, grande contribuição ao estudo da discricionariedade técnica foi oferecida por Renato Alessi. O autor conceitua a discricionariedade como uma apreciação comparativa entre o interesse público e uma forma de atividade como meio adequado à sua satisfação, e afirma que há casos em que a referida apreciação exige a utilização de critérios técnicos e soluções de questões técnicas.⁶⁸ Nessas hipóteses, seria necessário distinguir os casos em que as questões técnicas estariam indissociavelmente ligadas a questões administrativas das situações em que não haveria conexão entre ambas.

No primeiro caso, o intérprete estaria diante de uma “discricionariedade técnico-administrativa”,⁶⁹ onde haveria um momento de cognição técnica e outro posterior de decisão administrativa, ou seja, a questão técnica seria pressuposto para a solução da questão administrativa. Assim, a partir dos dados fornecidos pelo órgão técnico, a Administração faria uma análise de conveniência e oportunidade para definir qual decisão atenderia melhor ao interesse público.

De acordo com Cesar Guimarães Pereira, o momento referente à cognição técnica estaria sujeito a ampla revisão judicial, uma vez que a apreciação técnica deve ser formulada “tal como resulta da técnica”.⁷⁰ A discricionariedade residiria apenas na decisão que foi tomada segundo aqueles critérios. Em sentido diverso, Renato Alessi afirma que não seria possível uma revisão do juízo técnico sem uma correspondente revisão do juízo discricionário, e por este motivo configuraria verdadeira discricionariedade.

Aplicando o conceito aos atos administrativos sanitários, pode-se citar como exemplo a edição, pelo órgão federal de vigilância sanitária, da relação de medicamentos bioequivalentes registrados no país. A partir desta lista de fármacos intercambiáveis, caberia à Administração optar por quais deles serão disponibilizados no âmbito do Sistema Único de Saúde, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

No segundo caso, entretanto, o agente estaria diante de uma espécie de remissão da lei a conceitos técnicos, na qual não haveria discricionariedade propriamente dita, pois seria necessária apenas uma atividade de integração do conceito legal por um juízo especializado. Esta hipótese importaria na vinculação do administrador ao que foi definido pelo órgão

⁶⁸ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tradução: Buenaventura Pellisé Prats. 3ª edição italiana. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1970, p. 197.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 198.

⁷⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães, *op. cit.*, p. 259

técnico, sendo, na visão de Cesar Guimarães Pereira⁷¹, plenamente sindicável pelo Poder Judiciário.

Neste caso, pode-se exemplificar com base no artigo 2º da Lei 9.787/99, segundo o qual compete ao órgão federal de vigilância sanitária estabelecer critérios e condições para o registro de medicamentos genéricos. A ANVISA é o órgão responsável pela definição de tais critérios, e a Administração estaria adstrita à observância das condições por ela estabelecidas quando da concessão do registro.

Diante deste quadro, Alessi afirma que *“es erroneo hablar de una discrecionalidad ‘meramente técnica’, ya que los términos ‘discrecionalidad’ y ‘técnica’ son esencialmente inconciliables”*.⁷² Por sua vez, Pereira chega à conclusão de que o melhor seria abandonar o termo “discricionariiedade técnica”, pois o mesmo só traria impressões equivocadas quanto à sua controlabilidade ou não pelo Poder Judiciário.

Com fundamento nas lições de Alessi, ao se referir à discricionariiedade “puramente” técnica e considerando que esta geraria a vinculação do ato administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que

“a distinção entre discricionariiedade administrativa e discricionariiedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.”⁷³

No entanto, esta hipótese não difere muito do que acontece na maior parte dos casos de conceitos jurídicos indeterminados. Portanto, a existência de um conceito legal de caráter técnico não inibe a ocorrência de indeterminação, o que, como visto, não gera necessariamente uma única solução correta.⁷⁴ Afinal, também na área do saber científico há imprecisão conceitual, caso em que estaremos diante de um poder discricionário de escolha.

⁷¹ *Ibidem*, p. 257.

⁷² ALESSI, Renato, *op. cit.*, p. 199.

⁷³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴ “[...]en los conceptos jurídicos indeterminados no hay una única solución correcta, sino un margen de discrecionalidad instrumental, lo que no significa que la Administración tenga una discrecionalidad fuerte para su aplicación que excluya el control judicial pleno porque precisamente es a los tribunais a los que el sistema confiere la función de interpretar el Derecho y de resolver los casos litigiosos conforme el mismo”. Cf. DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico** – construcción teórica y análisis jurisprudencial, *apud*, ELIAS, Alexandre Nemer. A discricionariiedade técnica nos atos administrativos sanitários. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. São Paulo, 2008, p. 36.

Conforme salienta Andreas Krell, “não é incomum que, de acordo com os fundamentos teóricos assumidos pelo respectivo especialista, podem ser defendidas – dentro de certa margem de variação – diferentes respostas e conclusões em relação aos mesmos fatos e problemas”.⁷⁵ O modo como a presença de questões técnicas influenciará o controle judicial da discricionariedade será tema do próximo tópico.

3.1.3 A discricionariedade técnica como limite à atuação judicial?

Durante muito tempo, a discricionariedade (*lato sensu*) dos atos administrativos foi vista como um impedimento à apreciação judicial, em virtude principalmente do princípio da separação dos poderes. A discricionariedade era considerada aspecto inerente ao poder de império da Administração, e por isso estava imune ao controle judicial.

Contudo, com a instauração do Estado de Direito, a Administração Pública passou a se submeter ao princípio da legalidade, que foi evoluindo com o tempo até finalmente incorporar vetores axiológicos ao seu conteúdo, o que ampliou a possibilidade de controle judicial. Conforme aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “hoje a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade entre duas ou mais alternativas válidas perante o *direito*, e não apenas perante a *lei*”.⁷⁶

Ao lado do princípio da legalidade, atualmente o clássico princípio da separação dos poderes passou a ser entendido como o princípio da divisão de funções, e assumiu papel relevante no Estado Democrático. Longe de consistir em uma rígida tricotomia de poderes, ele enfatiza o controle e a fiscalização recíprocos que deve existir entre os diferentes órgãos. Neste sentido, assevera Afonso Queiró:

“Parece-nos que a ideia rousseauiana da *superioridade da lei* (vontade geral) postula a existência duma repartição orgânica das funções do Estado, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos que na realização das suas funções lhe devam obediência. Quero dizer: Rousseau é insuficiente por si, e só ao lado de Montesquieu o seu pensamento adquire relevância para a ciência do direito público”.⁷⁷

⁷⁵ KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa...**, p. 71.

⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, op. cit., p. 3.

⁷⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, **A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 6, outubro/dezembro de 1946, p. 55.

No que diz respeito às questões científicas, em sua concepção primária sobre a discricionariedade técnica, Bernatzik a situava fora do controle judicial, afirmando que o agente público estaria sujeito apenas a uma responsabilidade penal ou disciplinar. Após sofrer severas críticas por parte da doutrina, passou a conceder um controle jurisdicional de anulação do ato, mas nada além disso.⁷⁸

Na França, o Conselho de Estado adota a teoria do erro manifesto, segundo a qual a apreciação dos aspectos técnicos é reconhecida como faculdade discricionária da Administração, excluída do controle jurisdicional, que só é admitido nos casos onde haja erro manifesto, verificável mesmo com a ausência de conhecimento especializado. No mesmo sentido, em grande parte dos países europeus o Judiciário não controla a incidência de conceitos técnico-científicos.⁷⁹

No Brasil, a jurisprudência tem se mostrado leniente diante da discricionariedade (administrativa e técnica) dos atos administrativos, negando o controle judicial e permitindo muitas vezes que beírem o arbítrio. Porém, na atual fase do nosso constitucionalismo, onde a intervenção do Estado nos direitos fundamentais é essencial para que sejam protegidos e promovidos, exige-se uma atuação cada vez mais efetiva e consciente do Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo em que a substituição da atividade administrativa pela função jurisdicional é indesejável, também o é a ausência de controle dos atos administrativos discricionários. Deve-se, portanto, apor limites à atuação judicial, dentro dos quais o juiz deve se manter, nada além nem aquém.

Neste sentido, tem prosperado a visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade, que exige a “distribuição de tarefas e responsabilidades ‘funcionalmente adequada’ entre o Executivo e o Judiciário”, que deve considerar a idoneidade do órgão para tomar a decisão, tendo em vista razões de estrutura orgânica, legitimação, preparação técnica, dentre outras.

Em outras palavras, “o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até aonde se possa esperar da decisão judicial uma ‘qualidade material pelo menos igual’ à da decisão administrativa que se pretende corrigir”.⁸⁰ Assim, o controle judicial será menor

⁷⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, op. cit., p. 47.

⁷⁹ KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa...**, p. 74.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 64.

quando o ato administrativo tiver por base um conhecimento técnico que se presume próprio da Administração e alheio à idoneidade do órgão jurisdicional.⁸¹

Na doutrina pátria, Gustavo Binbenjón é um dos autores que mais se dedicou ao tema. O autor propõe um sistema baseado em diferentes *standards*, que aumenta a intensidade do controle judicial à medida que aumenta o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais. Todavia, se a matéria contiver um alto grau de complexidade técnica e a decisão tiver sido tomada por órgãos especializados, a intensidade do controle judicial deve ser restringida.⁸²

Entretanto, o Judiciário brasileiro, apesar de bastante condescendente em relação à maior parte dos litígios que envolvem atos discricionários, não adota esta postura no âmbito do direito à saúde. O ativismo judicial, especialmente nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, se revela excessivo, a ponto de nos referirmos a um fenômeno à parte: a judicialização da saúde. Com o auxílio de peritos, muitas vezes os juízes substituem as decisões administrativas, inclusive nos casos onde o ideal seria uma maior autorrestricção do Poder Judiciário, em razão da elevada tecnicidade da matéria.

Com efeito, reconhece-se que a efetividade do direito a prestações de saúde depende em larga escala da possibilidade de controle dos aspectos técnicos das decisões administrativas tomadas no seio das políticas públicas sanitárias. No entanto, a formação dos juízes é essencialmente jurídica, e argumentar pura e simplesmente com base na existência de auxiliares técnicos e provas periciais importaria em retirar do magistrado a responsabilidade pela decisão.⁸³

Exemplos corriqueiros na prática forense são as demandas em que os autores pleiteiam a entrega de medicamentos não incorporados ao SUS, ou ainda aqueles em que questionam a equivalência do princípio ativo dos medicamentos genéricos disponibilizados pelo SUS, reclamando os originais. Todos estes casos envolvem questões técnicas que foram analisadas por órgãos especializados da Administração, o que enseja a preocupação com a qualidade técnica da decisão que será tomada pelo juiz.

⁸¹ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**, in: SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais sociais*, 2003, p. 9.

⁸² KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa**..., p. 82.

⁸³ “Difícilmente o juiz deixa de reconhecer a verdade revelada pela prova pericial, porque ele, magistrado, não é – ou não se presume ser – portador dos conhecimentos próprios do perito. Neste ponto, reside o maior risco da prova pericial, que é justamente o de transformar o perito em juiz.” Cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, *apud*, PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 41, julho/dezembro de 2012, p. 11.

O Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo a questão que aqui se coloca, editou a Recomendação nº 31/2010, recomendando aos Tribunais a adoção de medidas que viabilizem apoio técnico aos magistrados a fim de auxiliá-los nas demandas relativas à saúde, bem como orientando que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não autorizados pela ANVISA.

No entanto, esta medida não é nem de longe suficiente. Em alguns países europeus, como a Inglaterra e a França, há órgãos jurisdicionais especializados em saúde pública. Além disso, na França, por exemplo, tais órgãos possuem composição multidisciplinar, da qual fazem parte médicos, veterinários e eventualmente farmacêuticos que atuam como auxiliares permanentes do juiz.⁸⁴

O exemplo alemão é ainda mais interessante: o sistema judicial de direitos sociais é composto por juízes leigos, onde aqueles formados na área de saúde julgam litígios relativos ao direito à saúde. Segundo Ricardo Perlingeiro, “a grande vantagem é que, sendo verdadeiros juízes, não apenas peritos auxiliares (funcionários auxiliares), a atuação desses agentes deteria maior legitimidade em razão da independência efetiva assegurada aos juízes”.⁸⁵

Conforme já exposto, o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais torna essencial a existência de um controle judicial efetivo e consciente. Porém, isto não significa que a apreciação judicial deva ser livre e intensa. É necessário que o Judiciário atue de forma limitada e precavida, principalmente quando a decisão administrativa pautar-se em critérios extrajurídicos.

Por este motivo, a doutrina apregoa como fundamental a motivação do ato administrativo. Quando os fundamentos técnicos do ato estiverem bem motivados, os magistrados devem abster-se do controle. Caso contrário, e levando em consideração a restrição que a decisão impõe a direitos fundamentais, os juízes não só podem como devem anulá-la, e, se possível, conceder a prestação efetivamente devida.

Assim, a discricionariedade técnica presente nos atos administrativos sanitários, apesar de inicialmente inibir a tutela judicial, está longe de configurar um impeditivo ao controle das decisões especializadas. Enquanto não forem implementados sistemas mais eficientes de prestação jurisdicional em matéria de saúde pública, o juiz deverá sempre realizar uma ponderação cautelosa no caso concreto, que poderá levar ou não à sindicância do ato.

⁸⁴Idem.

⁸⁵ Idem.

3.2 A teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Ainda dentro do debate acerca da interferência do Poder Judiciário na esfera das atribuições conferidas à Administração Pública pelo constituinte, devido à sua especialização, surge uma corrente importante, na teoria jurídica contemporânea, que preconiza que a interpretação do direito deve ser realizada à luz das capacidades institucionais de cada um dos poderes envolvidos na solução da controvérsia.

Segundo esta teoria, o papel de cada agente deve ser considerado dentro do arranjo institucional estabelecido pela Constituição, devendo-se perquirir acerca de qual poder está habilitado a produzir a decisão mais apta a otimizar os resultados. Nesse contexto, a intervenção judicial nas políticas públicas tem sido alvo da discussão.

Partindo da obra de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, a teoria centra-se na falibilidade judicial e nos efeitos sistêmicos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, que são frequentemente desconsiderados na aplicação do direito. A crítica institucional aponta para a incapacidade dos órgãos jurisdicionais de lidar com conflitos políticos, com fundamento na inadequação da adjudicação como forma de resolução desses conflitos.

Nesse sentido, Gustavo Amaral, em importante lição, nos ensina que

“Há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda.”⁸⁶

Os conflitos político-sociais, nos quais se inserem as demandas relativas ao direito à saúde, qualificam-se como conflitos de justiça distributiva. Há uma verdadeira dificuldade institucional encontrada pelos magistrados na resolução desse tipo de conflito, visto que sua função se limita a resolver as demandas individuais submetidas à sua apreciação. A finalidade institucional do Poder Judiciário é dirimir conflitos pontuais, e não fazer justiça distributiva.

Desta forma, a teoria da capacidade institucional sustenta que o Poder Judiciário não detém os instrumentos necessários à resolução de conflitos distributivos – “policêntricos”⁸⁷ –

⁸⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 206-207.

⁸⁷ FULLER, Lon. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review, vol. 92, 1978-1979.

o que o faz desconsiderar o caráter plurilateral das decisões que toma, uma vez que a própria estrutura do processo judicial tradicional comporta somente a resolução de conflitos bilaterais.

Conforme assevera José Reinaldo de Lima Lopes, “institucionalmente, o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, em que há um jogo de soma zero”.⁸⁸

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma observação final: no Brasil, poucos autores se dedicam ao estudo do tema, que ainda carece de amadurecimento. Por esta razão, optou-se aqui por expor as principais posições defendidas no direito norteamericano, berço da teoria da capacidade institucional e cujo Judiciário apresenta aspectos semelhantes ao brasileiro.

Entretanto, saliente-se que a realidade brasileira é bem distinta da norteamericana, razão pela qual qualquer tentativa de incorporar as soluções propostas por estes autores deve ser cautelosamente avaliada. Nada impede, porém, a absorção das importantes críticas feitas à judicialização da política naquele país, fenômeno que data de mais de 200 anos e pode guiar os passos de nossa democracia, que ainda está na sua infância.⁸⁹

3.2.1 A origem da crítica institucional.

A origem da crítica institucional tem raízes antigas no direito norteamericano, tendo sido inicialmente concebida a partir do intenso ativismo progressista da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais nos anos 1950. A importância política conferida aos direitos deslocou o debate das circunstâncias em que os tribunais deveriam protegê-los para a questão da identificação dos direitos e da melhor forma de aplicá-los, bem como para a escolha da instituição que deveria ter a palavra final sobre ela.⁹⁰

Neste sentido, a supremacia judicial se intensificou por meio da crença de que o Judiciário apresentaria uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. A independência política, a vinculação ao direito e a *expertise*

⁸⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição.** Revista da Universidade de São Paulo, nº 21, março/maio de 1994, p. 32.

⁸⁹ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 200-202.

⁹⁰ Idem.

jurídica aliadas à análise casuística lhe proporcionariam uma ótica privilegiada da aplicação concreta dos direitos, tornando-o mais bem habilitado à aplicação dos direitos fundamentais.⁹¹

Diante desta convicção, as críticas institucionais se proliferaram, sobretudo no contexto da ampla judicialização da política que dominou os Estados Unidos com especial intensidade nas décadas de 1960 e 1970. No início da construção doutrinária sobre o tema, a crítica se fundou na contestação da capacidade das Cortes de resolver conflitos políticos, uma vez que suas características institucionais – seus instrumentos – não seriam adequadas a este propósito.

A crítica foi então rotulada por Owen M. Fiss como instrumental, pois o problema seria uma derivação do aparato instrumental que é inerente aos órgãos jurisdicionais. A inércia, a imparcialidade e todo o modo de funcionamento do processo judicial, voltado para conflitos bilaterais ocorridos no passado, seriam exemplos dos instrumentos de que dispõe o Poder Judiciário, que não seriam adequados para a solução dos conflitos sociais e políticos que batem às portas da justiça.⁹²

Contudo, para aqueles que encaravam a crítica instrumental como óbice à intervenção judicial nas escolhas políticas administrativas, Fiss fez uma ressalva:

*“In the domain of instrumentalism, of means-end rationality, courts have no special claim to competency. Their competency lies elsewhere, in the domain of constitutional values, a special kind of substantive rationality, and that expertise is derived from the special quality of the judicial process - dialogue and independence. The reconstructive endeavor, calling for instrumental judgments, should be seen (for reasons to be elaborated later) as but a necessary incident of that meaning-giving enterprise, as an attempt by the judge to give meaning to constitutional values in practical reality”.*⁹³

Imbuído do mesmo espírito, Donald L. Horowitz⁹⁴ enfrentou a questão da capacidade institucional das cortes para a solução de conflitos envolvendo políticas públicas. O autor afirmava que o controle judicial dos problemas sociais é uma consequência do vasto emprego de conceitos indeterminados pelo legislador e identificou a origem da crítica institucional: a integração dessa nova função ao Judiciário acabou por transferir o debate da legitimidade do controle judicial para a capacidade de decidir de forma competente.

⁹¹ Ibidem, p. 204.

⁹² “The argument is that the judge should be limited to doing what he does best – dispute resolution. Under the instrumental critique, dispute resolution becomes the ideal simply because it is what courts can do best”. Cf. FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 1220, 1979, p. 31.

⁹³ FISS, Owen M., op. cit., p. 34.

⁹⁴ HOROWITZ, Donald L. **The Courts and Social Policy**. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 1977.

Horowitz pondera que a questão principal está em que as políticas públicas muitas vezes demandam conhecimentos especializados e os juízes são generalistas, o que significa que, além de não dominarem as informações inerentes às políticas sociais, eles não possuem a experiência e as habilidades necessárias para interpretar as informações especializadas que possam vir a receber.⁹⁵

Ademais, aduz o jurista que *“the adjudication process conspires in a dozen small and large ways to keep the judge ignorant of social context”*.⁹⁶ Ao final da exposição, conclui o autor que o processo judicial não é compatível com o balanceamento de alternativas e o cálculo de custos que são indispensáveis ao delineamento das políticas públicas.

Como se pode perceber, em um primeiro momento a crítica institucional se concentrou em questionar a capacidade de órgãos judiciais lidarem com questões políticas, tendo em vista suas capacidades institucionais.⁹⁷ Os autores criticavam especificamente a atuação judicial no âmbito das políticas públicas, aduzindo a inadequação da via judicial para a solução de conflitos políticos. Entretanto, posteriormente a crítica foi incorporada à hermenêutica jurídica e assumiu uma nova feição.

3.2.2 A teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Na doutrina constitucional contemporânea, a teoria da capacidade institucional, tal qual idealizada por Sunstein e Vermeule, tem enfoque no âmbito das teorias de interpretação do direito. Os autores advertem que há, atualmente, uma variedade extraordinária de doutrinadores que tem explorado estratégias interpretativas sem atentar ao fato de que tais estratégias serão, inevitavelmente, usadas por pessoas falíveis e com efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso concreto.⁹⁸ Tal patologia se funda na condição de se constantemente formular a pergunta errada, qual seja: “Como, a princípio, um dispositivo legal deve ser interpretado?”.⁹⁹

⁹⁵ Ibidem, p. 31.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual, p. 86.

⁹⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Public Law and Legal Theory Working Paper, Chicago, nº 28, 2002, p. 46-47.

⁹⁹ Ibidem, p. 3

Diante deste quadro, Sunstein e Vermeule argumentam que a estratégia de raciocínio que deve ser utilizada deve considerar as capacidades institucionais comparativas dos agentes, reconhecendo que a interpretação preferível não é aquela que conduza o intérprete a uma solução ideal, mas sim a que, adotando uma postura comparativa entre as alternativas possíveis, busque eleger aquela que conduza à solução ótima. Afinal, deve-se sempre considerar as “capacidades específicas de intérpretes reais e falíveis, e o risco de que cometam erros”.¹⁰⁰

Estabelecidas essas premissas, os autores concluem que há temas que não encontram no Poder Judiciário o melhor árbitro, devido aos elementos de falibilidade judicial e efeitos sistêmicos das decisões que afetarão uma variedade indeterminada de pessoas. Os juízes, como generalistas que são, não tem o conhecimento ou a informação específica necessária para decidirem a respeito de escolhas políticas ou altamente complexas, o que aumenta a probabilidade de erro e recomenda uma postura mais cautelosa.¹⁰¹

A teoria da capacidade institucional, sob a perspectiva posta por Sunstein e Vermeule, apesar de fugir de uma análise estrita da idoneidade judicial para solucionar problemas políticos, resvala no estudo do controle judicial de políticas públicas. A teoria propõe uma atitude reconhecedora de que a melhor solução possível nem sempre será a mais desejada, considerando o amplo espectro de informações necessárias à tomada de certas decisões que não é compartilhado pelos magistrados. Portanto, a pergunta original deve ser reformulada, a saber: “Como determinadas instituições, com distintas habilidades e limitações, devem interpretar certos dispositivos legais?”.¹⁰²

A originalidade da formulação de Sunstein e Vermeule consiste justamente em reconhecer as variações da discrepância entre o mundo real e o mundo ideal e abandonar a solução ideal em favor da segunda melhor opção.¹⁰³ Segundo os autores, se o jurista, ao se deparar com questões complexas, tiver a consciência de suas limitações, ele optará pela

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...**, p. 32.

¹⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 184.

¹⁰² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 3.

¹⁰³ “Consider an analogy. In economics, the idea of second best demonstrates that if perfect efficiency cannot be obtained, efficiency is not necessarily maximized by approximating the first-best efficiency conditions as closely as possible; the second-best outcome might, in principle, be obtained by departing from the first-best conditions in other respects as well. So too, if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible.” Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 24.

melhor forma de decidir (decisão sobre como decidir), e se desvencilhará do dilema de tentar construir a interpretação *correta*.¹⁰⁴

O grande risco da recente empolgação doutrinária com a teoria das capacidades institucionais é o uso recorrente de argumentos que, embora façam referência expressa à obra de Sunstein e Vermeule, possuem características que não são próprias da teoria na forma proposta pelos autores. Conforme bem apontado por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, há usos distorcidos da teoria da capacidade institucional que descambam ora para a banalidade, ora para a redundância, ora para o absurdo.¹⁰⁵

Os autores alertam para a banalização da teoria quando utilizada tão somente para enfatizar a dissonância entre o plano ideal e o plano da realidade, assumindo que aquele nunca será capaz de se reproduzir integralmente neste sem apresentar falhas no momento da transição. A banalidade desta simplificação reside no fato de que qualquer debate minimamente sofisticado acerca das teorias de interpretação e aplicação do direito reconhece esta condição.

O segundo uso problemático da teoria seria a utilização desta nomenclatura para fazer referência a categorias já conhecidas, como separação dos poderes, dificuldade contramajoritária ou até mesmo a discricionariedade técnica, aqui já definida de forma estanque à teoria da capacidade institucional. Neste sentido, o uso da capacidade institucional é tido pelos autores como irrelevante, à medida que só apresenta um novo rótulo para antigos problemas.¹⁰⁶

Por fim, o uso absurdo da teoria seria aquele que emprega a expressão “capacidades institucionais” ignorando as normas jurídicas que desenham o modelo institucional vigente, através de uma argumentação puramente consequencialista. Isto é: o absurdo seria distorcer o direito positivo para adequá-lo às melhores consequências, e não o contrário. A leitura institucionalista não pode se desprender do arranjo constitucional, notadamente no que diz respeito à divisão de funções entre os poderes e à sua organização.

Portanto, desde as primeiras formulações das bases da crítica institucional até a teoria proposta por Sunstein e Vermeule, com ênfase na interpretação do Direito, é possível notar a necessidade de que a crítica institucional ocupe uma posição de destaque nos debates acadêmicos. Afinal, a indiferença às questões institucionais tem provocado consequências

¹⁰⁴ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 186.

¹⁰⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Revista de Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n° 38, janeiro/junho de 2011.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 35.

danosas não só para o debate acadêmico como também para as instituições jurídicas e, conseqüentemente, para as questões que solucionam.

No âmbito das políticas públicas, não se pode ignorar o fato de que o controle judicial é realizado por um órgão que não apresenta, dentre suas finalidades institucionais, a função de promover políticas sociais e, por este motivo, acaba por fornecer respostas destoantes da real necessidade da população. Neste sentido, uma análise comparativa dos méritos e deméritos de cada instituição seria não só conveniente como útil para a composição de conflitos entre os poderes.

3.2.3 Efeitos sistêmicos das decisões judiciais no âmbito do direito à saúde.

O segundo aspecto em que se funda a teoria desenvolvida por Sunstein e Vermeule consiste nos efeitos sistêmicos de determinada abordagem para atores públicos e privados variados. Os autores aludem que um sistema de interpretação racional é baseado no reconhecimento da alta probabilidade de ocorrência de efeitos dinâmicos externos ao processo.¹⁰⁷ É o impacto das decisões judiciais para além do caso concreto.

No âmbito dos programas governamentais, como resultado da incapacidade institucional do Poder Judiciário para a definição de políticas públicas, as decisões nesta seara não são capazes de considerar todo o contexto fático atingido pela política estabelecida pelo administrador, o que pode gerar conseqüências dramáticas e imprevisíveis.

Falta aos magistrados, moldados para atuar em demandas individuais e com o raciocínio voltado para a resolução do caso concreto apresentado, o conhecimento técnico necessário à compreensão dos efeitos plúrimos das decisões que tomam, pois estas devem ser consideradas no contexto da macrojustiça.¹⁰⁸ Falta-lhes a visão sistêmica do todo, uma vez

¹⁰⁷ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 13.

¹⁰⁸ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos: “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”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de Direito do Estado 3:32, 2006, *apud*, BARROSO, Luís Roberto, Da falta de efetividade..., p. 27.

que estão habituados a resolver conflitos bilaterais, cujos efeitos com rara frequência ultrapassam a esfera jurídica das partes.

Nesse contexto, as políticas públicas de saúde são constantemente afetadas pelas decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos. Todos os conflitos relativos aos direitos sociais, como direito coletivos por excelência, envolvem a distribuição de recursos públicos e, em última análise, afetam a própria universalização do acesso aos serviços públicos prestados.¹⁰⁹

Conforme anteriormente assinalado, a postura concessiva do Poder Judiciário no campo das políticas públicas de saúde compromete a alocação dos escassos recursos. Quando é proferida uma decisão em um litígio individual, para cumprir a determinação judicial muitas vezes o administrador retira o medicamento do programa, desatendendo o cidadão regularmente cadastrado.¹¹⁰

A questão que aqui se coloca está relacionada à natureza plurilateral dos conflitos distributivos. Os casos submetidos à apreciação judicial que versam sobre direitos coletivos, tais como as demandas por medicamento, dizem respeito à apropriação individual de recursos comuns. A ideia de justiça distributiva pressupõe a repartição proporcionalmente igualitária de bens comuns, pertencentes à toda coletividade.¹¹¹

Contudo, a falta de *expertise* técnica dos magistrados, bem como a ausência de percepção global dos efeitos de suas decisões é extremamente prejudicial à dinâmica das políticas sociais desenhadas pelo administrador, que, ao contrário do magistrado, tem o raciocínio voltado para a coletividade. O próprio caráter reativo da jurisdição implica em decisões erráticas e regressivas, que contribuem para a irracionalidade distributiva.¹¹² Daí decorrem os efeitos sistêmicos tão enfatizados por Sunstein e Vermeule.

No que tange à distribuição de medicamentos, a postura casuística da jurisprudência brasileira tem levado à desorganização da Administração Pública. Há diversos casos em que o Judiciário concede o fornecimento de medicamentos que não estão na lista ou que tem custo muito elevado, desconsiderando totalmente que as demandas individuais por medicamentos se inserem no contexto mais amplo das políticas de saúde. Aqui, é válida a velha metáfora do cobertor curto: quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés.

¹⁰⁹ MARINHO, Carolina Martins, op. cit., p. 5.

¹¹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009.

¹¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 27.

¹¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 96.

3.2.4 O papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos distributivos.

Segundo o filósofo John Rawls, a questão principal da justiça distributiva é a escolha de um sistema social, que deve ser estruturado de modo que “a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer”.¹¹³ Para tanto, seria necessária uma organização apropriada das instituições políticas e jurídicas, sem a qual o “resultado do processo distributivo não será justo. Faltarão a equidade do contexto”.¹¹⁴

A partir do excerto acima, é possível delinear o problema da justiça distributiva que tem recheado a agenda do Poder Judiciário brasileiro. A discussão judicial dos conflitos coletivos, que exigem soluções voltadas à distribuição igualitária dos bens comuns, tem sido feita às avessas, sob o signo de um confronto de interesses entre dois indivíduos, ainda que um deles seja o Estado.

As regras de justiça distributiva não podem ser definidas a partir de um caso concreto. As decisões que pretendem fazer justiça distributiva – ou mesmo aquelas que, ignorando este aspecto dos direitos sociais, acabam ainda assim por fazê-la – acabam gerando o resultado inverso a que se propõem: fazem injustiça ao invés da justiça, pois passam por cima do critério de igualdade que deve nortear as decisões relativas aos interesses da mesma classe.¹¹⁵

Neste sentido, surgem os limites atinentes ao Poder Judiciário na realização da justiça distributiva, que decorrem da própria dinâmica do processo judicial, idealizado com foco nas questões bilaterais de justiça comutativa, nas quais os interesses em jogo não ultrapassam as partes nele representadas. Nesse tipo de conflito, a atuação judicial corresponderia a um mero serviço público de resolução de conflitos individuais, através da aplicação direta de regras de incidência retrospectiva.¹¹⁶

Por sua vez, as questões de justiça distributiva funcionam de modo diverso. Elas têm por objeto o bem comum, que não se confunde com a soma dos interesses individuais da coletividade.¹¹⁷ Os conflitos distributivos envolvem o problema da alocação de recursos escassos, o que demanda dos juízes uma “adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de

¹¹³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2ª tiragem, 2000, p. 303.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 29.

¹¹⁶ Ibidem, p. 24.

¹¹⁷ Ibidem, p. 27.

se obter no âmbito de um processo judicial”.¹¹⁸ As limitações do próprio modelo adjudicatório obstam a concretização do ideal de justiça distributiva, até mesmo pelo juiz mais bem intencionado.

Nessa esteira, Lon Fuller, ainda na década de 1950,¹¹⁹ realizou interessante estudo acerca dos limites da função jurisdicional, denominado *The Forms and Limits of Adjudication*. O autor inicia a discussão acerca do policentrismo dos conflitos políticos, abordando as dificuldades que o modelo adjudicatório enfrenta como meio de resolução desses conflitos.

Inicialmente, Fuller define a adjudicação como uma forma de ordenação social por meio da qual as relações entre os homens são governadas e reguladas.¹²⁰ A adjudicação funcionaria segundo o modelo de participação das partes afetadas mediante a apresentação de provas e argumentos racionais. Seria, portanto, essencialmente racional e baseada em disputas sobre direitos.

O autor aponta também que a adjudicação tem um viés retrospectivo que deriva do próprio modo de participação das partes no processo. Ela se volta à solução do conflito entre os sujeitos que integram o processo judicial. Estes, através da apresentação de provas e argumentos racionais, tentam convencer o juiz a decidir as demandas por direitos ou acusações de culpa. Aduz o autor:

“It is not so much that adjudicators decide only issues presented by claims of right or accusations. The point is rather that whatever they decide, or whatever is submitted to them for decision, tends to be converted into a claim of right or an accusation of fault or guilt. This conversion is effected by the institutional framework within which both the litigant and the adjudicator function.”¹²¹

Mais adiante em sua abordagem, Fuller sustenta que o problema de conflitos policêntricos pode ser equiparado a uma teia de aranha: qualquer ação em um ponto da teia espalha seus efeitos, sem um padrão definido, através da teia como um todo. Outra ação no mesmo ponto não irá necessariamente dobrar os efeitos já produzidos, mas talvez seja capaz de criar um padrão diferente e complicado de repercussões.¹²²

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel, **A proteção judicial...** p. 33.

¹¹⁹ Registre-se que a obra de Lon Fuller, apesar de escrita e difundida no meio acadêmico na década de 1950, somente veio a ser publicada postumamente, em 1978. Ver: VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 87.

¹²⁰ FULLER, Lon, op. cit., p. 357.

¹²¹ Ibidem, p. 369.

¹²² Ibidem, p. 394.

Assim, para Fuller, problemas policêntricos geram efeitos imprevisíveis e multilocalizados, e por esta razão, não se enquadrariam no modelo de adjudicação. Deveriam, portanto, ser resolvidos mediante “métodos parlamentares” que incluem uma espécie de acordo político. Qualquer tentativa de forçar questões policêntricas no processo judicial estaria destinada a fracassar.

O jurista então conclui que, em razão da adjudicação consistir em decidir questões ligadas a direitos e acusações de culpa, os conflitos policêntricos, que não se submetem a esse tipo de racionalidade, não encontram no processo judicial o caminho mais apropriado para sua resolução. Afinal, conforme interessante tese de doutorado desenvolvida por Marcos Paulo Veríssimo,

“A incapacidade de pensar em termos de preferências, a incapacidade de lidar com a barganha em plano coletivo (não se transacionam direitos indisponíveis, como aqueles de natureza coletiva ou os que envolvem as políticas do Estado, diz o cânone), a necessidade de transformar pontos de vista parciais em direitos que precisam ser ou não ser titularizados por quem os afirma, em um jogo de tudo ou nada, a necessidade de adstrição ao caso concreto e a correlativa impossibilidade de extrapolá-lo ou ampliá-lo de sorte a contemplar outras necessidades sociais e, enfim, a incapacidade de gerir a própria agenda e determinar as próprias soluções fariam do Judiciário, ao fim e ao cabo, um péssimo alocador de recursos.”¹²³

No campo do direito à saúde, as demandas por fornecimento de medicamentos e tratamentos custeados pelo Poder Público provocam efeitos avassaladores nos programas estabelecidos pelo governo. As concessões em litígios individuais acabam por resultar na desproteção da saúde como direito universal e igualitário, tendo em vista que a escassez de recursos pressupõe a retirada de parte do bolo para atender à determinação judicial. O beneficiário da demanda acaba sendo privilegiado em detrimento dos demais indivíduos que são atendidos pelos programas.

Vê-se, portanto, que as críticas apostas pelas diversas vertentes da teoria da capacidade institucional apresentam nuances que têm sido negligenciadas no atual contexto de judicialização da política em andamento no Brasil. A experiência norteamericana a partir da década de 1950 em muito se parece com a atual fase vivenciada em nosso país, e as reflexões trazidas por estes estudiosos são de grande valia para o estudo do controle judicial das políticas públicas no Brasil.

¹²³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *op. cit.*, p. 18.

4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: DELIMITANDO AS FRONTEIRAS PARA UM CONTROLE SAUDÁVEL.

4.1 O impacto das demandas individuais na organização das políticas públicas de saúde.

Considerando todas as críticas já expostas, chega-se a uma objeção óbvia: a intensa atuação judicial na concretização do direito à saúde, principalmente através do fornecimento de medicamentos, provoca a desorganização da Administração Pública. Esta crítica tem sido corrente, e há motivo para tanto: as decisões judiciais comprometem a capacidade de planejamento da Administração, privando-a de eficiência e impedindo a otimização das políticas de promoção à saúde pública.¹²⁴

Em termos orçamentários, é evidente que o Poder Judiciário impede a maximização dos benefícios advindos dos investimentos públicos quando interfere na política de distribuição de medicamentos estabelecida pelo governo. Ao invés de promover a universalização do acesso à saúde, a judicialização tem levado à redução do impacto da atuação pública, cuja estruturação os magistrados desconhecem.¹²⁵

Não se trata de uma análise puramente econômica do direito. Os valores axiológicos por trás da alocação adequada dos recursos orçamentários residem na própria ideia de universalização e acesso igualitário à saúde. O cálculo custo-benefício é indispensável em um ambiente de recursos finitos e necessidades ilimitadas, e a abordagem individualista da jurisprudência tem causado sérios transtornos à gestão eficiente dos recursos públicos como política social.¹²⁶

A fim de elucidar melhor o ponto, cabe fazer algumas observações de ordem financeira e orçamentária a respeito do impacto das decisões judiciais na organização das políticas de saúde. Pesquisas recentes demonstram que a participação do Judiciário em função

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto, **Da falta de efetividade...**, p. 25.

¹²⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p. 19.

¹²⁶ “Não é possível que o Judiciário sirva de instrumento para impor à Administração, em favor apenas dos demandantes, deveres estatais que pela própria essência seriam aproveitados por toda a sociedade. Não é lógico que uma atuação administrativa originariamente destinada à coletividade, uma vez judicializada, seja oponível tão somente aos demandantes ou aos que se dispuserem a demandar. Além de fragmentar ou mesmo desestruturar o sistema de saúde, esse mecanismo também evidencia um modelo excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça, rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário.” Cf. PERLINGEIRO, Ricardo, op. cit., p. 195-196.

de deliberações judiciais interfere no orçamento em proporção comparável a do Poder Legislativo, o que denota o excesso de uma atuação que deveria ser excepcional, pois envolve uma série de componentes econômicos que passam ao largo da esfera de conhecimento do magistrado.¹²⁷

4.1.1 O impacto em termos orçamentários.

A Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria nº 3.916/98, foi editada com o propósito de garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso àqueles considerados essenciais. A definição das listas de medicamentos é realizada por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. É a partir desta relação nacional que os governos estaduais e municipais selecionam os medicamentos para as listas regionais.¹²⁸

Fabiola Vieira e Paola Zucchi¹²⁹ realizaram importante pesquisa empírica acerca da desestruturação da política de medicamentos provocada pela reivindicação judicial da aquisição de medicamentos que não constam na relação de medicamentos essenciais. O estudo foi realizado no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo durante o ano de 2005.

A pesquisa distribuiu os medicamentos requeridos nas ações em cinco categorias e o resultado foi impressionante. Constatou-se que o gasto total da Secretaria de Saúde derivado dessas ações foi de R\$ 876 mil e que 62% dos medicamentos solicitados faziam parte de listas de programas do SUS. Dentre os medicamentos requeridos que não constavam em lista alguma, 73% possuía substitutos para o tratamento registrados no país.¹³⁰

Entretanto, o dado mais impactante foi aquele relativo à categoria de medicamentos antineoplásicos, cujo fornecimento é feito através dos centros de alta complexidade em oncologia, vinculado à atenção integral ao paciente mediante a destinação de recursos

¹²⁷ OLIVEIRA, Fernando Frões. **Finanças Públicas, Economia e Legitimação: Alguns Argumentos em Defesa do Orçamento Autorizativo.** Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº 64, 2009, p. 85.

¹²⁸ PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde.** Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU como requerimento parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília, Distrito Federal, 2010, p. 16.

¹²⁹ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil.** Revista de Saúde Pública, nº 41, 2007.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 218

financeiros específicos. No total, esses medicamentos geraram um gasto equivalente a 75% do valor total gasto com medicamentos decorrentes de ordem judicial, com total desconsideração da organização do SUS para esse tipo de tratamento, e cujos beneficiários somavam apenas 7,2% dos autores das demandas.¹³¹ Ou seja, dispensam-se verbas elevadíssimas para o atendimento de uma parcela ínfima da população.

A pesquisa revelou também que muitas decisões determinam o fornecimento, pela Secretaria Municipal, de remédios que fazem parte da lista de medicamentos sob responsabilidade dos governos estaduais e federal. Tais medicamentos incluem-se na categoria de alto custo, por se destinarem ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Todavia, não é somente na esfera municipal que as demandas judiciais ocasionam prejuízo à organização do SUS. No âmbito dos estados, o resultado é ainda pior. Para se ter uma ideia, o elevado número de ações judiciais levaram a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo a criar a Farmácia de Assistência Judicial, destinada a atender especialmente os pacientes que obtiveram decisões favoráveis na justiça.

Em outro estudo anteriormente mencionado, Fernanda Vargas Terrazas constatou que, no ano de 2006, a Secretaria Estadual de São Paulo gastou R\$ 65 milhões para atender as decisões judiciais apenas da comarca da capital, que beneficiaram cerca de 3.600 pessoas. A título de comparação, no mesmo ano a Secretaria desembolsou R\$ 838 milhões para atender 380 mil pessoas no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.¹³²

Os gastos públicos com a aquisição de medicamento ordenada pela justiça cresceram muito nos últimos anos. Em 2007, o então Ministro da Saúde José Gomes Temporão afirmou que os estados desembolsavam, em média, R\$ 500 milhões por ano só para atender as demandas judiciais.¹³³ Entre os anos de 2005 e 2009, o valor gasto pelo Ministério da Saúde com ações judiciais destinadas a garantir o fornecimento de medicamentos saltou de R\$ 2,5 milhões para R\$ 83,2 milhões.¹³⁴

¹³¹ *Ibidem*, p. 220

¹³² TERRAZAS, Fernanda Vargas, *op. cit.*, p. 106.

¹³³ Dados obtidos a partir de: WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2009, p. 18.

¹³⁴ PEREIRA, Delvechio de Souza, *op. cit.*, p. 24.

4.1.2 O impacto em termos de equidade.

Diante dos dados elencados, é inegável a desorganização tanto administrativa quanto financeira que a judicialização da saúde tem causado à Política Nacional de Medicamentos. As decisões judiciais têm gerado não só o aumento da irracionalidade no uso dos recursos financeiros do Poder Público, como também tem trazido enorme prejuízo à equidade.

A concessão desenfreada de fornecimento de medicamentos sob o signo da garantia de acesso universal e igualitário à saúde é um contrassenso, uma vez que a desorganização da gestão do SUS impede que a Administração efetive as opções mais racionais e que atenderão a um maior número de pessoas.

Por exemplo, a política de saneamento básico é essencial para a promoção da saúde preventiva, e muito mais efetiva do que a dispensação de medicamentos. No entanto, quanto mais se gasta para atender às decisões judiciais, menos se investe nas áreas que mais necessitam de custeio a longo prazo. Como se pode observar a partir das pesquisas realizadas, o crescente gasto de recursos para o cumprimento de decisões judiciais trará um prejuízo cada vez maior à universalidade do sistema.

Deve-se, contudo, tomar cuidado para não incorrer em um utilitarismo incompatível com o direito que se pretende conservar. Por este motivo, é importante ressaltar que o Estado pode realizar diversos serviços simultaneamente. Não é necessário que se escolha entre a distribuição de medicamentos e a política de saneamento básico.¹³⁵ O que se faz necessário é que o Judiciário não interfira demasiadamente em aspectos que estão fora do alcance de sua compreensão.

Observou-se também a partir das pesquisas que, com frequência, os medicamentos requeridos nas ações judiciais encontram-se nas listas dos programas do SUS. As doenças mais referidas nas ações foram o câncer e o diabetes, que são patologias para as quais há previsão de tratamento no SUS. Tal fato indica falhas na garantia de acesso aos medicamentos ou o desconhecimento da disponibilidade do remédio respectivo.¹³⁶

Portanto, muitas vezes a questão que chega ao Judiciário é a exigência de se tratar a doença com medicamento diferente do que é disponibilizado pelos programas. Caso se trate de um medicamento já constante da lista, não há óbices a que o Judiciário defira o pedido,

¹³⁵ NETO, Claudio Pereira de Souza, *op. cit.*, loc cit.

¹³⁶ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola, *op. cit.*, p. 221.

bastando que determine a reposição do estoque para que outro paciente que já se encontrava no programa não fique desassistido.¹³⁷ Esta medida não elimina o impacto orçamentário da decisão judicial, mas evita a sua pior consequência.

Entretanto, no que tange aos medicamentos que não se encontram nas listas, seja porque não estão registrados na ANVISA, seja porque há outros semelhantes (com ou sem o mesmo princípio-ativo, mas que servem ao tratamento da mesma doença), é recomendável que o Judiciário adote uma postura mais deferente em relação à política definida pela Administração.

Afinal, há muitos aspectos que são levados em conta pelo administrador na elaboração das listas de medicamentos a serem disponibilizados, e sua opção deve ser respeitada para viabilizar o atendimento da finalidade pretendida, que é justamente a garantia de acesso a padrões dignos de saúde pelo maior número de pessoas possível. Nessa seara, portanto, é imprescindível uma maior autocontenção judicial.

Ante todas as limitações do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde já analisadas neste trabalho, poder-se-ia supor que qualquer intervenção judicial na saúde está fadada ao insucesso. Contudo, nem se questiona sua essencialidade para evitar a negligência do Estado. Hoje em dia, já se afigura inafastável o controle judicial para a garantia da efetividade das políticas públicas. Qual seria, então, o ponto de equilíbrio? Há duas possíveis soluções apontadas pela doutrina para minimizar esse problema que serão abordadas a seguir.

4.2 O acesso às prestações de saúde através das tutelas coletivas.

Diante do quadro de tamanha ineficiência da atuação judicial na tentativa de promoção dos direitos sociais, uma alternativa vem conquistando adeptos entre os doutrinadores¹³⁸: a priorização das tutelas coletivas. As razões para o suposto sucesso dessa empreitada são basicamente as mesmas, embasadas no fundamento de que os efeitos danosos das demandas individuais seriam, desse modo, contornáveis.

Dentre as vantagens da adoção da via coletiva apontadas pelos juristas, encontram-se a representatividade dos legitimados ativos; a visão global do contexto geral das políticas

¹³⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**, p. 22.

¹³⁸ Adeptos desta tese: Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, dentre outros.

públicas afetadas, o que desorganizaria menos a Administração Pública, possibilitando uma análise mais acurada do impacto orçamentário da decisão e dos aspectos técnicos envolvidos; a universalização da prestação – tendo em vista os efeitos *erga omnes* das decisões; e o estímulo à atuação política conjunta, evitando a exclusão daqueles que não tem acesso à justiça.¹³⁹

Corroborando este posicionamento, Ana Paula de Barcellos sustenta que “a importância das modalidades de controle coletiva e abstrata é alimentada de forma particular pelas limitações próprias ao controle subjetivo individual, que em determinados ambientes podem desencadear efeitos colaterais pouco desejáveis”. De fato, como já analisado, as limitações do modelo adjudicatório geram efeitos nocivos quando os conflitos coletivos são nele introduzidos. Entretanto, a tutela coletiva também encontra objeções no que tange à sua utilização como meio adequado para a solução dos conflitos relativos a direitos sociais.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que não há como se restringir o acesso individual ao Poder Judiciário para satisfazer um direito subjetivo público, que é uma das facetas do direito à saúde. Ele é direito coletivo, e não há qualquer dúvida a esse respeito, mas também consubstancia um direito individual indisponível. Assim, inviável seria subtrair do indivíduo a possibilidade de demandar individualmente, pois isso iria de encontro à ideia de proteção máxima e universal dos direitos fundamentais, bem como afrontaria o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Em segundo lugar, conforme assevera Ricardo Perlingeiro¹⁴⁰, as próprias características do sistema judicial de ações coletivas o tornam inadequado. Por exemplo, o mecanismo do *right opt in/right opt out* possibilita que um indivíduo ou grupo seja incluído ou excluído dos efeitos da ação coletiva. Ademais, os efeitos dessas ações se restringem à esfera territorial submetida à jurisdição do órgão judicial prolator da decisão.

O terceiro óbice à priorização das tutelas coletivas decorre da postura refratária do Poder Judiciário em relação a essas demandas. No Brasil, além de prevalecerem as ações individuais, os magistrados tendem a rejeitar o controle de políticas públicas realizado no bojo das ações coletivas.¹⁴¹ As análises das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 e na Suspensão de Tutela Antecipada nº 185 são

¹³⁹ Neste sentido, ver: NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p. 30.

¹⁴⁰ PERLINGEIRO, Ricardo, op. cit., p. 196.

¹⁴¹ Em pesquisa recente realizada por Daniel Wei Liang Wang e Octávio Ferraz, constatou-se que a taxa de êxito das Ações Cíveis Públicas ajuizadas em tribunais superiores é menor do que nos casos individuais, confirmando o entendimento de que os tribunais têm certa aversão a lidar com problemas estruturais. Cf. WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octávio Luiz Motta, op. cit., loc. cit.

exemplos do que aqui se afirma. Os julgados foram proferidos pela Ministra Ellen Gracie, que presidia o Tribunal à época.

A STA 91 foi interposta pelo Estado de Alagoas nos autos de uma Ação Civil Pública em que foi concedida a antecipação de tutela determinando o fornecimento de todo e qualquer medicamento necessário a pacientes renais crônicos ou transplantados. A Ministra deferiu parcialmente o pedido para limitar os medicamentos fornecidos, com base nos seguintes argumentos: necessidade de racionalização dos gastos em virtude da escassez de recursos, o que prejudicaria o atendimento de um maior número de pessoas; o direito à saúde deveria ser considerado sob a perspectiva de direito concretizado por meio de políticas públicas para um acesso coletivo, igual e universal; dever-se-ia respeitar a escolha alocativa feita pela Administração Pública no sentido de fornecer somente os medicamentos constantes da lista do Ministério da Saúde.¹⁴²

Já na STA 185, também interposta no bojo de uma Ação Civil Pública, a Ministra externou claramente seu posicionamento no sentido de que, em matéria de tutela judicial de direitos sociais, deve-se adotar uma análise casuística, em detrimento da tutela coletiva, tendo em vista que esta repercute “na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas”, o que caracterizaria “grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional”.¹⁴³

Ao lado de todos esses empecilhos à consolidação da tutela coletiva como solução para a judicialização das políticas públicas, há ainda a dificuldade de execução coercitiva das decisões judiciais nas ações coletivas, quando não são adimplidas voluntariamente pelo Poder Público. Exemplo disso foi a decisão em sede de Ação Civil Pública que determinou ao Estado do Ceará que resolvesse o problema da falta de leitos em UTI no prazo de 90 dias. Contudo, anos depois, a decisão ainda não havia sido cumprida.¹⁴⁴

Além disso, o já referido problema das implicações orçamentárias e da falta de conhecimento técnico e competência institucional do magistrado para determinar uma medida genérica que surta os efeitos sociais desejados constituem impeditivos ao sucesso dessas

¹⁴² WANG, Daniel Wei Liang, op. cit., p. 46.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 35.

¹⁴⁴ FERREIRA, Marina Costa. **Direito à Proteção da Saúde pela Via Judicial**: em busca de efetividade e equidade. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2011, p. 64.

ações.¹⁴⁵ Assim, é possível constatar que o argumento em prol das ações coletivas apresenta tantas falhas quanto o que apregoa a ampla justiciabilidade dos direitos sociais.

Neste sentido, a Comissão Internacional de Juristas concluiu, no relatório do ano de 2008, que os procedimentos coletivos e de interesse público envolvendo reformas estruturais, omissões e políticas deficientes exigem uma abordagem ainda mais cuidadosa. Os juristas sustentam que é necessário que haja uma ampliação da interação entre o Judiciário e as instituições políticas a fim de flexibilizar as decisões, permitindo a satisfação de todos os objetivos pretendidos.¹⁴⁶

Na tentativa de oferecer uma alternativa a essa questão, Ricardo Perlingeiro sugere:

“a solução ideal – que no Brasil dependeria de norma – seria considerar o fundamento da pretensão individual (qual seja, a alteração da lista de medicamentos) uma questão prejudicial dependente de um processo autônomo de natureza coletiva e de iniciativa de órgãos públicos dotados de independência. Esse incidente seria de competência privativa de um único tribunal e capaz de ensejar uma decisão com eficácia *erga omnes*, enquanto a causa individual originária permaneceria suspensa por prazo razoável, sem prejuízo do deferimento de medidas de urgência”.¹⁴⁷

Por sua vez, há autores que defendem que uma ampliação da atuação do Ministério Público, em razão de seu relevante papel no arranjo institucional, sanaria grande parte das dificuldades encontradas pelos magistrados. A percepção do Ministério Público como promotor da cidadania e da inclusão social é o grande impulsionador dessa posição que, apesar de encontrar opositores, tem ampla aceitação na doutrina.

Daniel Wei Liang Wang, a fim de analisar a viabilidade da proposta, realizou uma pesquisa com base nas Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público no Estado de São Paulo em janeiro de 2009.¹⁴⁸ O autor constatou uma diminuição no número de ações propostas ao longo dos anos, ao mesmo tempo em que houve aumento no número de inquéritos civis públicos arquivados sem a propositura da ação.

¹⁴⁵ “A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas”. Cf. ARENHART, Sergio C. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, nº 1, 2009, p. 3.

¹⁴⁶ FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 66.

¹⁴⁷ Esta é a saída preconizada no código euroamericano de justiça administrativa e também parcialmente adotada no anteprojeto do código modelo de justiça administrativa que está sendo discutido no Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Ver: PERLINGEIRO, Ricardo, op. cit., p. 198.

¹⁴⁸ WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e Políticas Públicas de Saúde: participação democrática e equidade**. Caderno Gestão Pública e Cidadania, vol. 14, nº 54, janeiro/junho de 2009.

A conclusão da pesquisa, portanto, foi no sentido de que houve um aumento significativo de demandas resolvidas na fase pré-judicial, o que indica uma tendência de maior “juridicização” e menor judicialização.¹⁴⁹ Esse dado interessante aponta um caminho de diálogo institucional que vem sendo traçado por alguns doutrinadores, em consonância com a posição sustentada pela Comissão Internacional de Juristas.

4.3 Diálogos institucionais: uma alternativa coerente.

A visão solidificada no Brasil de que o Poder Judiciário é quem tem a “última palavra” sobre os direitos fundamentais é um ponto da nossa tradição jurídica a ser revisitado. Em vez de “teorias sobre a última palavra”, há farta produção acadêmica no direito anglo-saxão que focaliza o diálogo entre os diversos órgãos e instituições na interpretação constitucional.¹⁵⁰ Esta é a chamada “teoria dos diálogos institucionais”, que preconiza que, em uma democracia, não há espaço para última palavra.¹⁵¹

De início, deve-se observar que as teorias sobre diálogos institucionais aqui expostas não se confundem com aquelas voltadas para o controle de constitucionalidade. Apesar apresentarem aspectos muito semelhantes, uma vez que todas buscam uma readaptação da separação dos poderes para adequá-la às mudanças no atual panorama, o objetivo aqui é unicamente o enfrentamento da questão relativa à implementação dos direitos sociais.

A teoria que será analisada visa uma abordagem institucional que promova o equilíbrio entre a defesa dos direitos sociais, a atuação adequada da função jurisdicional e o processo político majoritário envolvido. Busca-se uma posição intermediária entre a judicialização excessiva que consubstancia a supremacia do Poder Judiciário e a autocontenção judicial que enfraquece a proteção dos direitos sociais.

Conforme bem sintetizado por Ana Paula de Barcellos, “não existem apenas duas opções radicais: a *colonização* total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle

¹⁴⁹ ASENSI, Felipe Dutra. **Indo Além da Judicialização**: o Ministério Público e a saúde no Brasil. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 1ª edição, 2010.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel, **O Neoconstitucionalismo...**, p. 31.

¹⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo, 2008.

jurídico em matéria de políticas públicas. Existem possibilidades intermediárias de controle aguardando desenvolvimento”.¹⁵²

4.3.1 A busca pelo diálogo institucional.

Em virtude da disseminação de uma cultura de intenso ativismo judicial nos mais variados países – e tendo em vista a miríade de implicações que suscita –, a literatura mais recente no âmbito da judicialização dos direitos sociais tem se pautado na construção de modelos teóricos que coadunem a garantia da efetividade dos direitos sociais com a deliberação democrática. Admitindo a necessidade do controle judicial, mas também reconhecendo suas limitações, a doutrina tem se enviesado pelo caminho de uma solução compartilhada: o diálogo entre as instituições.

A busca por um modelo institucional equilibrado visa evitar que a “obsessão”¹⁵³ de alguns sistemas jurídicos pelo protagonismo do Poder Judiciário leve a um esvaziamento da mobilização cívica do cidadão, e, conseqüentemente, do espaço de deliberação pública. Somando-se a isso os diversos entraves que a supremacia judicial tem causado à máxima efetividade das políticas públicas, torna-se crucial o desenvolvimento de uma nova diretriz para a atuação jurisdicional.

No Brasil, a idealização da figura do juiz aliada à crise de representatividade das instâncias democráticas contribui exponencialmente para a sobreposição do Poder Judiciário em face dos demais poderes. Daniel Sarmento, em crítica ácida, aduz:

“Com efeito, não é um bom lenitivo para a crise – real e grave – das instituições da democracia representativa, a transferência de poder para uma instância não-responsiva perante a vontade popular, como o Judiciário. As crônicas patologias do processo político brasileiro justificam correções de rumo na nossa incipiente democracia, mas entre elas não está o esvaziamento das instâncias de representação democrática. Não se trata da doença matando o doente”.¹⁵⁴

Nesse contexto, a abordagem doutrinária tem se concentrado em elementos da crítica democrática. Um desses expoentes é Roberto Gargarella, que defende uma concepção de

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula, **O Direito a Prestações...**, p. 824-825.

¹⁵³ SARMENTO, Daniel, **O Neoconstitucionalismo...**, p. 28.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel, **A proteção judicial...**, p. 10.

democracia deliberativa segundo a qual as decisões públicas somente devem ser tomadas após uma discussão travada entre todas as partes que serão por ela afetadas.¹⁵⁵ O autor não chega a sugerir que o Poder Judiciário seja afastado por completo do controle dos direitos sociais, mas rejeita a supremacia judicial. A posição sustentada pelo jurista é a de que o Judiciário deve ser uma instância de participação dos grupos marginalizados.¹⁵⁶

No mesmo sentido, Rosalind Dixon constrói um argumento baseado nas vantagens das decisões coparticipadas, sustentando a tese de que um constitucionalismo cooperativo com foco na abordagem dialógica seria capaz de revelar o pleno potencial e os limites institucionais dos três poderes no processo de interpretação constitucional e defesa de direitos.¹⁵⁷

Segundo a autora, é importante destacar que a teoria do diálogo não supõe que a intervenção judicial somente deve se dar em caso de erro evidente ou flagrante incoerência ou irracionalidade do legislador ou do administrador, mas sim que os tribunais têm o direito de intervir, quer coercitivamente, quer comunicativamente (ou, no caso do diálogo, potencialmente das duas formas), em circunstâncias onde há falhas discutíveis de previsão, perspectiva, acomodação ou responsividade.¹⁵⁸

Por sua vez, Mark Tushnet, fazendo uma crítica à postura agressiva do Poder Judiciário na proteção dos direitos sociais, propõe uma estrutura que relacione a intensidade do controle judicial ao conteúdo dos direitos sociais. O autor divide os direitos sociais em três modalidades e as classifica em razão do nível de justiciabilidade de cada uma delas.¹⁵⁹

A primeira modalidade se refere aos direitos sociais meramente declaratórios, que seriam excluídos da apreciação judicial, devendo ser implementados através da mobilização política da sociedade civil. A segunda modalidade se refere aos direitos sociais materialmente

¹⁵⁵ GARGARELLA, Roberto. **Theories of Democracy, The Judiciary and Social Rights**, in: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34, *apud* FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 29.

¹⁵⁶ “[...] quienes apoyan esta visión «deliberativa» de la democracia entienden que la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública: si tal discusión faltara, luego, no sería razonable esperar que las decisiones que se adoptaran resultarían ser unas decisiones imparciales, ni tampoco quedarían demasiadas buenas razones para apoyar tal sistema político como particularmente valioso”. Cf. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 1ª reimpressão, 2011, p. 178.

¹⁵⁷ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about social-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited**. NYU School of Law, New York. Center for Human Rights and Global Justice Working Paper. Economic, Social and Cultural Rights Series, n. 3, 2006, p. 3.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 237.

fracos, que proporcionam poucas garantias de provisões sociais. A justiciabilidade desta categoria estaria limitada à aferição da razoabilidade das políticas públicas que implementam esses direitos. Por fim, a terceira modalidade se refere aos direitos materialmente fortes, que permitiriam uma atuação mais abrangente do Poder Judiciário para a garantia de sua efetividade.

Como exemplo desta última categoria de direitos sociais, Tushnet se refere ao caso examinado pela Suprema Corte da África do Sul que envolvia o fornecimento de medicamento inibidor da transmissão do vírus da AIDS da mãe para o filho no momento do nascimento. No julgamento do caso, a Corte reconheceu que o direito à saúde, em alguns aspectos, é um direito materialmente forte.¹⁶⁰

Sabel e Simon propõem uma abordagem mais ousada, que denominam “*experimentalist approach*”, onde as partes em comum acordo elaboram um plano que deve ser reavaliado ao longo do tempo. O plano deve especificar metas a serem atingidas, mas a ideia é que as medidas eleitas sejam facilmente adaptáveis, podendo ser modificadas de acordo com circunstâncias supervenientes. Os autores afirmam que “*whatever the technical legal status of the plans, their function is not so much to coerce obedience as to induce internal deliberation and external transparency*”.¹⁶¹

Através desta breve exposição de diferentes autores, é possível verificar que a teoria do diálogo encontra subdivisões. Não é uma teoria uníssona, mas é possível identificar que todas apontam para a urgente necessidade de reequilíbrio entre os três poderes. Além disso, são também pontos tangenciais às diferentes abordagens a defesa de um controle judicial mais brando do que o atual e a concretização dos direitos fundamentais em favor dos mais necessitados.¹⁶²

A vantagem do modelo dialógico consiste em reconhecer que não há instituição infalível.¹⁶³ A teoria dos diálogos “torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos poderes contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado”,¹⁶⁴ o que tende a produzir decisões melhores, através do consenso.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 247.

¹⁶¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvard Law Review, vol. 117, nº 4, fevereiro de 2004, p. 1071.

¹⁶² MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecília Caballero. **Reforma Política e Diálogos Institucionais: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil**. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Uberlândia, junho de 2012, p. 11.

¹⁶³ MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 11.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 289.

Malcolm Langford dá exemplos de remédios judiciais “dialogais” e “cautelares”¹⁶⁵ que tem sido adotados ao redor do mundo: declaração retardatária de invalidez do ato, proporcionando que o próprio governo encontre uma forma de solucionar o problema; maior uso do processo judicial como forma de diálogo entre as partes, estimulando-as a entrarem em acordo antes da decisão final; e a elaboração de recomendações.

No Brasil, os efeitos da judicialização impulsionaram a criação de alguns mecanismos dialógicos, pois se percebeu que a atuação judicial, por si só, não poderia assegurar a realização igualitária do direito à saúde, muito menos fazer justiça social.¹⁶⁶ A teoria dos diálogos contribui para a discussão na medida em que firma a imprescindibilidade do compromisso interinstitucional para a efetividade dos direitos sociais. Alguns desses instrumentos dialógicos recém-nascidos no contexto brasileiro serão objeto da próxima seção.

4.3.2 Experiências intersetoriais no direito brasileiro.

O reconhecimento da importância da promoção do diálogo interinstitucional para a garantia da efetividade dos direitos sociais provocou alterações significativas no cenário político afeto às questões de saúde no Brasil.¹⁶⁷ Algumas experiências introduzidas pelo próprio Poder Judiciário têm contribuído sensivelmente para a transferência do debate da arena judicial para a deliberação pública.

Por exemplo, a Audiência Pública em saúde convocada pelo Ministro Gilmar Mendes em 2009 ouviu 50 especialistas, entre juristas, profissionais da saúde, gestores e usuários do SUS. O objetivo da audiência foi colher opiniões dos mais variados setores da sociedade civil, incrementando o acervo de informações disponíveis para que os Ministros pudessem formar seu convencimento.

A partir dos resultados obtidos com a Audiência Pública, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 107/10, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Assistência à Saúde, “com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos

¹⁶⁵ LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica.** Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 6, nº 11, dezembro de 2009, p. 116.

¹⁶⁶ “Uma das mais sólidas objeções à justiciabilidade dos DESC é que, por meio desta, não é possível satisfazer à expectativa de alcançar a justiça social individual e transformadora”. Cf. *Ibidem*, p. 117.

¹⁶⁷ FERREIRA, Marina Costa, *op. cit.*, p. 80.

judiciais e à prevenção de novos conflitos”.¹⁶⁸ Foi editada também a já citada Recomendação nº 31/10 a fim de viabilizar maiores subsídios aos magistrados para assegurar mais eficiência na solução dos litígios de saúde.¹⁶⁹

De acordo com as informações coletadas na audiência, alguns estados já contavam com apoio técnico aos magistrados. Pioneiramente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde, criou o Núcleo de Assessoria Técnica, formado por uma equipe multidisciplinar composta por farmacêuticos, nutricionistas, enfermeiros e médicos incumbidos de auxiliar os juízes.¹⁷⁰ A iniciativa tem se espalhado pelo país.¹⁷¹

Entretanto, as mudanças não se restringiram ao interior do Judiciário. Após a Audiência Pública, o Ministério da Saúde noticiou a instalação do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde, com a finalidade de resolver administrativamente as demandas entre os cidadãos e o SUS que chegam à Defensoria Pública, evitando a judicialização do litígio.¹⁷²

Nesse contexto, é importante destacar a função desempenhada pelo Ministério Público na busca por uma interface entre os diversos setores da sociedade civil, gestores e o próprio Ministério Público, potencializando a participação de todos a fim de aprimorar a discussão e incorporar as nuances tradicionalmente alheias à formação jurídica.

Em interessante estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa do direito à saúde, Felipe Asensi analisou minuciosamente as estratégias de atuação do *Parquet* para reduzir esses desafios e otimizar os resultados. Dentre elas se destacam a realização de frequentes cursos de especialização em direito sanitário, a convocação de audiências públicas e até mesmo a elaboração de um “Manual de Atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde”.¹⁷³

¹⁶⁸ Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010.**

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 789-790.

¹⁷⁰ FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da., op. cit., p. 221.

¹⁷¹ No Piauí, foi assinado um Termo de Cooperação Técnica pelo Presidente do Tribunal de Justiça, a Secretaria de Saúde, o Presidente da Fundação Municipal de Saúde e diversos Conselhos Regionais integrantes do setor da saúde. Em Minas Gerais foi criado um Comitê de Suporte Técnico-Consultivo às Decisões Judiciais na área de saúde, integrado por membros do Tribunal de Justiça, do Ministério Público, da Fazenda Pública, da Defensoria Pública, das Secretarias de Saúde, dentre outros. No Espírito Santo foi instalado um Fórum Intersetorial de Assistência Farmacêutica, composto por membros do Poder Executivo, do Poder Judiciário, dos Conselhos de Saúde, da Procuradoria-Geral do estado, de usuários e do Ministério Público. Esses são alguns exemplos citados em: FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 81-82.

¹⁷² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., loc. cit.

¹⁷³ ASENSI, Felipe Dutra, op. cit., p. 118.

Na pesquisa empírica realizada no município de Porto Alegre, Asensi constatou que os principais colaboradores do Ministério Público são os Conselhos de Saúde, o que revela a nota dialógica da atuação que a instituição pretende promover, uma vez que os Conselhos são divididos entre 50% de usuários, 25% de profissionais da saúde e 25% do governo e prestadores de serviço conveniados.¹⁷⁴ Vê-se, portanto, que os Conselhos de Saúde também almejam a participação democrática nas políticas públicas, permitindo que cidadãos comuns contribuam ativamente para a tomada de decisões.

Em trecho de entrevista realizada com um membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a busca por uma abordagem dinâmica e que integre todos os setores atingidos pela política pública ficou clara como diretriz principal da atuação do Ministério Público. O promotor questionou: “Qual foi o nosso primeiro passo aqui quando eu e meus demais colegas assumimos esta promotoria?”, e afirmou: “Primeiro passo foi: nessa área da saúde começar a conversar”.¹⁷⁵

Não só o Ministério Público, mas todas as demais instituições envolvidas na elaboração e execução de políticas públicas são peças fundamentais para a construção de novos caminhos. O movimento dos diversos setores da sociedade em busca de uma solução minimizadora dos riscos da judicialização da saúde e maximizadora de seus benefícios sinaliza uma abertura ao diálogo. A adjudicação indiscriminada de prestações sociais não encontra mais guarida em nosso contexto social – o modelo atual está ultrapassado.

Portanto, é preciso redimensionar a questão da judicialização no Brasil e firmar um compromisso interinstitucional com o próprio direito à saúde. À luz de tudo o que já foi exposto, não há outro caminho senão afastar uma postura demasiadamente simplista, que defende ora um controle judicial agressivo das políticas de saúde, ora um total absentismo judicial.

É necessário enxergar o problema de maneira pragmática: todas as instituições são falíveis. Depositar todas as expectativas em um único poder, seja ele qual for, nunca trará um resultado satisfatório.¹⁷⁶ Por este motivo, a abordagem dialógica se mostra ideal, uma vez que ela se propõe a obter um consenso. Afinal, somente a partir da participação ativa de todos os atores sociais será possível se falar em justiça social.¹⁷⁷ As produtivas experiências intersetoriais demonstram que o primeiro passo já foi dado. Resta trilhar o caminho.

¹⁷⁴ WANG, Daniel Wei Liang, **Poder Judiciário e participação...**, p. 30.

¹⁷⁵ ASENSI, Felipe Dutra, op. cit., p. 121.

¹⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 288.

¹⁷⁷ FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 83-85.

5 CONCLUSÃO

A partir dos delineamentos esboçados neste trabalho, é possível observar que o controle judicial das políticas públicas de saúde é tema dos mais sensíveis e controvertidos da atualidade. A origem deste fenômeno é usualmente associada à influência do neoconstitucionalismo na busca pela efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados, em especial aqueles de cunho social, que exigem uma atuação pública eficaz e concretizadora de seus comandos.

No entanto, há uma crença equivocada em torno da primazia do Poder Judiciário, que imputa a ele o dever de zelar pela proteção dos direitos sociais a todo custo, como se a supremacia judicial fosse a resposta para o problema da falta de efetividade desses direitos. Às Cortes teria sido reservado o mítico papel de guardiães últimas da Constituição e, conseqüentemente, a função de concretizá-la. Contudo, esta idealização romantizada da função judicial não pode ser aceita acriticamente.

Desta forma, procurou-se neste trabalho elaborar uma crítica ao atual estágio da judicialização da saúde no Brasil. Inicialmente estabelecidas algumas premissas, indispensáveis para situar o problema dentro do contexto brasileiro, firmou-se o pressuposto da fundamentalidade do direito à saúde e foram tecidos alguns comentários a respeito da suposta justiça social que é feita pelo Poder Judiciário mediante o acolhimento das pretensões de camadas excluídas da participação política.

Através da análise de pesquisas empíricas, restou comprovado que a dificuldade de acesso à justiça entre a população mais carente ainda é uma realidade em nosso país. Em virtude disso, chegou-se à conclusão de que a difusão desta ideia equivocada do papel do Judiciário como “a voz institucional dos pobres” acaba por conduzir a uma indesejada elitização das políticas públicas de saúde.

Na segunda parte do trabalho centraram-se as principais críticas à judicialização da saúde: a atecnia das decisões judiciais e a questão institucional. Primeiro, procurou-se demonstrar que a atuação judicial em matéria de saúde tem adentrado os critérios técnicos utilizados na definição das políticas públicas sem muitos pudores. Em uma área de conhecimento totalmente alheia à formação dos magistrados, tal postura pode levar a um resultado desastroso. Inclusive, este problema foi reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça, que incentivou a adoção de algumas medidas para minimizar seus efeitos.

Em seguida, a análise versou sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário a partir de três perspectivas: a crítica institucional, os efeitos sistêmicos das decisões judiciais que resolvem conflitos coletivos e a dificuldade das Cortes em lidar com problemas de justiça distributiva.

A crítica institucional, originalmente elaborada no contexto da judicialização da política no direito norteamericano, foi reinventada na teoria jurídica contemporânea. No entanto, ambas servem ao mesmo propósito: criticar a postura do Judiciário de quem tem sempre a razão. Há limites inerentes à estrutura do processo judicial e à própria falibilidade humana que impedem que os magistrados encontrem a solução ideal para os casos concretos, o que suscita a dúvida a respeito do dogma da supremacia judicial.

Quanto aos efeitos sistêmicos das decisões judiciais, conclui-se que o Poder Judiciário não detém o conhecimento nem os instrumentos necessários para proferir decisões que envolvam escolhas políticas. Não se pode esquecer que as políticas públicas de saúde envolvem a alocação de recursos e qualquer intervenção que altere a sistemática de distribuição de recursos acaba por afetar a efetividade dessas políticas. Uma decisão judicial que determine o fornecimento de um medicamento invariavelmente retirará este medicamento do programa, onde atenderia a um cidadão regularmente cadastrado.

Daí decorre a incapacidade do Poder Judiciário de resolver satisfatoriamente as demandas que versem sobre conflitos coletivos, e conseqüentemente de fazer justiça distributiva. A própria dinâmica do processo judicial, voltada à solução de conflitos bilaterais ocorridos no passado, é inadequada a este fim. Neste sentido, a concessão de medicamentos no campo dos litígios individuais tem o efeito inverso, uma vez que, incapaz de pensar em termos coletivos, deságua na irracionalidade distributiva.

Por fim, a última parte do trabalho concentrou-se, a princípio, na análise dos impactos das decisões individuais no âmbito das políticas públicas, tanto em termos orçamentários, quanto em termos equitativos. Concluiu-se que, comparativamente, há uma parcela ínfima da população que é beneficiada por decisões judiciais enquanto a maior parte é prejudicada em razão da retirada de medicamentos e/ou verbas dos serviços habitualmente prestados para atender a essas demandas individuais.

Não há somente uma demanda em Juízo, há milhares. A intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, sobretudo no que tange ao fornecimento de medicamentos, não tem sido pontual, ela tem sido a regra. Quando a exceção se torna a regra, a lógica se inverte e

as consequências para a coletividade são intensificadas. À luz das controvérsias aqui expostas, a judicialização da saúde se revela um intrigante paradoxo: a busca pela proteção da saúde tem sido constantemente convertida na sua desproteção, contrariando sua própria teleologia.

Diante disso, viu-se que a doutrina tem apresentado algumas possíveis soluções para evitar que a judicialização da saúde acabe por se tornar um mecanismo de promoção da desigualdade social e contribuir para a inefetividade das políticas sanitárias. A primeira opção oferecida pela doutrina consiste na priorização das tutelas coletivas em detrimento dos litígios individuais, a fim de racionalizar a realocação orçamentária e adotar decisões padronizadas. Contudo, verificou-se que o Poder Judiciário ainda adota uma postura demasiadamente reticente ao se deparar com decisões políticas em ações de índole coletiva.

O segundo caminho apontado pela doutrina reflete a necessidade de adequar as decisões judiciais ao contexto social e político em que são tomadas as decisões relativas a políticas públicas. A teoria dos diálogos institucionais propugna por uma atuação conjunta de todos os atores sociais, com o intuito de abordar o problema de forma interinstitucional e, deste modo, definir parâmetros para um consenso. A grande vantagem do modelo dialógico é reconhecer os vícios e virtudes de cada instituição e, através de um processo interativo, captar o melhor que cada um tem a oferecer.

As bem-sucedidas experiências intersetoriais brasileiras demonstram que o país está se adaptando a essa nova realidade, e revelam a confissão de que a judicialização da saúde é o arquétipo de um modelo já saturado. Portanto, a teoria dos diálogos institucionais se mostra como uma alternativa coerente. A abordagem dialógica reconhece que a resolução de conflitos políticos através da judicialização pura e simples é anacrônica, e propõe uma solução compartilhada em busca de um controle saudável.

Definitivamente, o diálogo entre as instituições é um caminho novo que merece ser explorado. É premente a necessidade de se superar a hegemonia do controle *judicial*, e introduzir paulatinamente a ideia do controle *interinstitucional*. Especialmente quando se trata do direito fundamental à saúde, o diálogo não é só uma forma salutar de controle, ele é o caminho para sua materialização. Somente assim será possível reverter o desordenado cenário atual e alcançar o objetivo primário – a proteção da saúde. Do contrário, corre-se o risco de morrer da cura.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales.** Disponível na internet: <http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_Abramovich.pdf> Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

_____. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**, in: SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais sociais, 2003. Disponível na internet: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo.** Tradução: Buenaventura Pellisé Prats. 3ª edição italiana. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1970.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, nº 1, 2009, p. 1-20. Disponível na internet: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Revista de Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 38, janeiro/junho de 2011, p. 6-50. Disponível na internet: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo Além da Judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 1ª edição, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª edição, revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2013.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais:** o controle político-social e o controle jurídico no Espaço Democrático. *Revista de Direito do Estado*, vol. 1, nº 3, julho/setembro, 2006, p. 17-54.

_____. **O Direito a Prestações de Saúde:** Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2013.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Parecer solicitado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível na internet: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível na internet: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

_____. **Vinte Anos da Constituição de 1988:** o Estado a que chegamos. Rio de Janeiro, 2008. Disponível na internet: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª edição, 2ª tiragem, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010.** Disponível na internet: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Disponível na internet: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

Crise na saúde pública: ações judiciais não são cumpridas pelo poder público. Notícia de 10/11/2007. Página eletrônica do Diário do Nordeste. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/acoes-judiciais-nao-sao-cumpridas-pelo-poder-publico-1.403910>>. Acesso em: 26 de março de 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, vol. 4, 7ª edição, Editora JusPodium: Salvador, Bahia, 2012.

DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about social-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited**. NYU School of Law, New York. Center for Human Rights and Global Justice Working Paper. Economic, Social and Cultural Rights Series, number 3, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Alexandre Nemer. **A discricionariedade técnica nos atos administrativos sanitários**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. São Paulo, 2008.

FERREIRA, Marina Costa. **Direito à Proteção da Saúde pela Via Judicial: em busca de efetividade e equidade**. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2011. Disponível na internet: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/1887/1/2011_MarinaCostaFerreira.pdf>. Acesso em: 27 de março de 2014.

FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. **Núcleo de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde: constitucionais ou inconstitucionais?** Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro, vol. 20, nº 36, p. 219-240, abril, 2013. Disponível na internet: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/371>. Acesso em: 21 de maio de 2013.

FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 1220, 1979. Disponível na internet: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 14 de março de 2014.

FRANCISCO, José Carlos. **Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009.

FULLER, Lon. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review, vol. 92, 1978-1979. Disponível na internet: <<http://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 1ª reimpressão, 2011. Disponível na internet: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível na internet: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

HOROWITZ, Donald L. **The Courts and Social Policy**. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 1977. Disponível na internet: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=JqIm3lX3dGUC&oi=fnd&pg=PA1&dq=the+courts+and+social+policy&ots=d0PTgyhnnD&sig=U2Hj8lJ9ZdFmNJfynuAf_RSVsg#v=onepage&q=the%20courts%20and%20social%20policy&f=false>. Acesso em: 14 de março de 2014.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, nº 144, p. 239-260, outubro/dezembro, 1999. Disponível na internet: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r14417.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica**. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 6, nº 11, dezembro de 2009, p. 99-134. Disponível na internet:

<http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_05.htm>. Acesso em: 27 de março de 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?** Esgotamento de um modelo institucional. Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, vol. 9, nº 1, 2008. Disponível na internet: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13101/14904>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição.** Revista da Universidade de São Paulo, nº 21, março/maio de 1994, p. 22-33. Disponível na internet: <<http://www.usp.br/revistausp/21/03-reinaldo.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível:** direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, nº 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais:** análise de julgados no direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo, 2009. Disponível na internet: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-131241/pt-br.php>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecília Caballero. **Reforma Política e Diálogos Institucionais:** novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Uberlândia, junho de 2012. Disponível na internet: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=470e7a4f017a5476>>. Acesso em: 28 de março de 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.** Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e

Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo, 2008. Disponível na internet: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2014.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%283%29.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

_____. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2ª tiragem, 2009.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Finanças Públicas, Economia e Legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo**. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº 64, 2009, p. 80-98.

OLIVEIRA NETTO, Sergio. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**, 2005. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=739>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 231, janeiro/março, 2003, p. 217-267. Disponível na internet: <<http://www.guimaraespereira.com.br/artigos/ARTIGO12.pdf>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível na internet: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. **A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil**. Direito, Estado e Sociedade, nº 41, julho/dezembro de 2012, p. 184-203. Disponível na internet: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

_____. **Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil**. Scientia Iuridica, Braga, Portugal, Tomo LXII, dezembro de 2013, nº 333, p. 519-539. Disponível na

internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2363398>. Acesso em: 05 de abril de 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionabilidade Técnica e Discricionabilidade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2013.

POSNER, Richard. **Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation**. Michigan Law Review, vol. 101, p.952-971, fevereiro de 2003. Disponível na internet:<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2899&context=journal_articles>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 6, outubro/dezembro de 1946, p. 41-78. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/adrianosoaesdacosta/afonso-rodrigues-queir-a-teoria-do-desvio-de-poder-em-direito-administrativo-rda-vol-6-1946>>. Acesso em: 05 de março de 2014.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2ª tiragem, 2000.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvard Law Review, vol. 117, nº 4, fevereiro de 2004, p. 1015-1101. Disponível na internet: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww2.law.columbia.edu%2Fsabel%2FDestabilization%2520Rights%2520-%2520Westlaw.doc&ei=TYE1U4n1EqnlSAtInoC4BQ&usq=AFQjCNGDCsIVWmRao8W6AgPBKypUAbb6dQ&bvm=bv.63808443,d.cWc>>. Acesso em: 28 de março de 2014.

SANTANA, Izaias José de. **O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. Tese apresentada no Programa de Estudos de Pós-Graduação em Direito do Estado em nível de Doutorado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina, TRF4, nº 24, julho/2008. Disponível na internet: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível na internet: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

_____; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde.** Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, 2010/2011. Disponível na internet: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/democracia_-_separacao_de_poderes_eficacia_e_efetividade_do_direito_a_saude_no_judiciario_brasileiro.pdf>. Acesso em: 23 de março de 2014.

_____; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ubiquidade Constitucional:** os dois lados da moeda. Revista de Direito do Estado, ano 21, nº 6, janeiro/dezembro, 2011. Disponível na internet: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Ubiqu%C3%BCidade-Constitucional-Os-Dois-Lados-Da/733682.html>>. Acesso em: 22 de março de 2013.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, vol. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível na internet: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

_____. **A proteção judicial dos direitos sociais:** alguns parâmetros ético-jurídicos, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2ª tiragem, 2009. Disponível na internet: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F22755799%2F644576516%2Fname%2FA%2BProtecao%2BJudicial%2Bdos%2Bdireitos%2BSociais%2B->>

%2Bsarmento.pdf&ei=AJpuUoWYHaPz2QX2zYGYAw&usg=AFQjCNGv33rAyoZT8RKR6PosCs0_N3G5gQ&sig2=TO3hJUsgqFEcA4IE6dJpYA&bvm=bv.55123115,d.b2I>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

_____; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2ª tiragem, 2009.

SILVA, Fábio de Souza. **O Dilema de Asclépio**: análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense para a obtenção do título de Mestre em Sociologia e Direito. Rio de Janeiro, 2009. Disponível na internet: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/f%Elbio_de_souza2009.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível na internet: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle judicial dos atos administrativos**: questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Revista Interesse Público*, nº 16, 2002, p. 23 ss. Disponível na internet: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/78.htm>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, nº 28, 2002. Disponível na internet: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

_____; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David; RITOV, Ilana. **Predictably Incoherent Judgments**. *University of Chicago Law & Economics Olin Working Paper*, Chicago, nº 131, 2001. Disponível na internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=279181>. Acesso em: 14 de março de 2014.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 253, 2010, p. 79-115. Disponível na internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8047>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

TORRES, Edgard Marcelo Rocha. **O controle dos atos administrativos pelos tribunais diante da nova dimensão dos conceitos de discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, vol. 76, nº 3, ano XXVIII, julho/setembro de 2010, p. 69-76. Disponível na internet: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1019.pdf>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais,** in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2ª tiragem, 2009, p. 304-330.

_____. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.** Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 1990, p. 69-79. Disponível na internet: <<http://download.tj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

TOURINHO, Rita. **A Discricionariedade Administrativa perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-RITA%20TOURINHO.PDF>>. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative Constitutional Law.** Princeton: Princeton University Press, 2009. Disponível na internet: < <http://pt.scribd.com/doc/160825008/Mark-Tushnet-Weak-Courts-Strong-Rights-Judicia-Bookos-org>>. Acesso em: 26 de março de 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual. São Paulo, 2006. Disponível na internet: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil.** Revista de Saúde Pública, nº 41, 2007, p.214-222. Disponível na internet: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde.** Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São

Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2009. Disponível na internet: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-134507/fr.php>>. Acesso em: 21 de março de 2014.

_____. **Poder Judiciário e Políticas Públicas de Saúde:** participação democrática e equidade. Caderno Gestão Pública e Cidadania, vol. 14, nº 54, janeiro/junho de 2009, p. 51-87. Disponível na internet: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/260/poder-judiciario-e-politicas-publicas-de-saude---->>. Acesso em: 27 de março de 2014.

_____; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Atendendo os mais necessitados?** Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 10, nº 18, junho de 2013, p. 167-190. Disponível na internet: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/18/09.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2014.