



Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

LUIZ EDUARDO RODRIGUES PEREIRA DA COSTA

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE
SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS E DO
IMPACTO ORÇAMENTÁRIO

Brasília

2014

LUIZ EDUARDO RODRIGUES PEREIRA DA COSTA

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE
SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS E DO
IMPACTO ORÇAMENTÁRIO

Monografia apresentada como requisito para
a obtenção do título de Bacharel em Direito da
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Roberto Krauspenhar.

Brasília

2014

Costa, Luiz Eduardo Rodrigues Pereira da.

Judicialização das políticas públicas na área de saúde no Brasil: análise dos princípios e do impacto orçamentário / Luiz Eduardo Rodrigues Pereira da Costa, 2014.

80f.

Monografia (Curso Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais) – Centro Universitário de Brasília.

1.Direito. Políticas Públicas.

I. Título

UNICEUB

*Dedico este trabalho à minha esposa e filhos,
pelos estímulos e compreensão nas horas de
ausência e estudos.*

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus professores e orientadores, em especial aos Professores Roberto Krauspenhar do UNICEUB e Sérgio Piola do IPEA, pelos ensinamentos jurídicos e morais que levarei pela vida.

RESUMO

A judicialização de políticas públicas na área de saúde pública é um tema de relevância e sua melhor compreensão passa pela análise dos princípios que a norteiam e justificam como os princípios da separação dos poderes, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana, razoabilidade e reserva do possível. A análise desses princípios possibilita uma visão mais concreta das causas e consequências do processo de judicialização e como os entes federativos podem minimizar os efeitos orçamentários. A atuação do Poder Judiciário como participante ativo da gestão de políticas públicas na área de saúde pública pode ser melhor entendida e compreendida, com um maior conhecimento dos paradigmas substancialista e procedimentalista, que embasam a atuação do magistrado quando da análise da demanda judicial. O estudo do processo de judicialização da saúde pública, estudado sob o enfoque dos princípios necessita ser realizado com o conhecimento da posição majoritária substancialista de nossos Tribunais Superiores, postura esta que recebe críticas por parte de alguns magistrados, acadêmicos e doutrinadores, que vislumbram a necessidade de possíveis mudanças comportamentais que poderiam ajudar o gestor no alcance de maior efetividade e melhor gestão dos recursos disponibilizados para o alcance dos objetivos estatais e governamentais, no tocante à proteção à saúde e à vida dos cidadãos. Dentre as mudanças está a necessidade de um paradigma mais conforme com nossa condição de país em desenvolvimento, que possui recursos escassos, mas precisa garantir a oferta de direitos sociais fundamentais. Por se tratar de assunto complexo, que pode afetar diretamente com o direito à vida é que a judicialização ganha espaço na agenda dos políticos e gestores públicos dos entes federal, estadual e municipal, se configurando como um dos assuntos mais importantes para a sociedade brasileira.

Palavras-chave: judicialização, políticas públicas, saúde, princípio da separação dos poderes, princípio do mínimo existencial, princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da razoabilidade, princípio da reserva do possível, orçamento; substancialismo; procedimentalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A DEFINIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA – DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL.....	9
2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO SETOR SAÚDE – DEFINIÇÃO E PRINCÍPIOS.....	14
3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	17
4 DA RACIONALIDADE INSTRUMENTAL, RACIONALIDADE SUBSTANTIVA, SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS	28
5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	37
6 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL	41
7 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE	46
8 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	49
9 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA SAÚDE E O PROBLEMA DO IMPACTO ORÇAMENTÁRIO	58
CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS.....	76

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário, na figura dos Magistrados, se utilizando das noções traçadas pelo “substancialismo”, que traduz o comportamento do juiz que age não só como aplicador da lei, mas também como agente de transformações sociais, causa um conflito de ideais entre os defensores da “racionalidade substantiva” e da “racionalidade instrumental”.

A interferência do Judiciário na execução das políticas públicas pode estar alcançando alto impacto financeiro/orçamentário e elevado conflito político gerados pelas constantes concessões de liminares, que vem garantindo de forma pouco equitativa, posto que não são para todos e nem sempre para os que mais necessitam, a obtenção dos benefícios sociais constantes em políticas públicas.

Para a questão apresentada pretende-se averiguar a possibilidade de ocorrência das seguintes premissas: As interferências do Poder Judiciário na execução de políticas públicas de saúde, oriundas das ações coletivas e individuais, como modo de exercício de direitos constitucionais, estão prejudicando o alcance da efetividade e economicidade das ações e programas públicos de saúde, devido à escassez de recursos orçamentários e ausência da observância da reserva do financeiramente possível? Como os princípios da dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, razoabilidade/proporcionalidade e reserva do possível podem contribuir e pautar a atuação do Magistrado?

A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores vêm indicando que, na execução de políticas públicas na área de saúde, são comuns as liminares conquistadas no Poder Judiciário, tendo como autores o Ministério Público e/ou potenciais beneficiários destas políticas não atendidos com tempestividade e efetividade pelo Estado. Esta ação tem como direito pretendido uma prestação de serviço ou entrega de bem por ente do poder público. Estes serviços e bens estão vinculados a políticas públicas que buscam a efetivação de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. As liminares são o modo do cidadão de exercer a sua cidadania, obrigando os Órgãos Públicos a executar políticas públicas com qualidade e tempestividade, principalmente na área da saúde pública.

Tem sido objeto de discussão se estas liminares representam interferência do Poder Judiciário na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo e

se as mesmas acabam prejudicando o alcance dos objetivos institucionais dos programas sociais alvo das medidas judiciais e até mesmo de outros programas.

Como em quase todas as políticas públicas em execução existe possibilidade de falhas na prestação dos serviços, sendo quase impossível ao poder público eliminar todas as disfunções decorrentes de oferta de serviços insuficiente ou ineficiente, escassez de recursos orçamentários e pressão da demanda, a participação do Poder Judiciário na execução de políticas públicas pode também ser vista como fato comum, quase como complemento da participação estatal.

O problema aventado pela doutrina e jurisprudência estaria no possível alto custo financeiro que pode estar incluso na medida assecuratória do direito social, o que estaria prejudicando uma gestão pública pautada no princípio da reserva do financeiramente possível.

Deste modo, o presente trabalho pretende identificar, no estudo da doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores e análise de dados e informações, evidências de que as concessões de acesso a serviços e produtos públicos a potenciais beneficiários podem estar prejudicando o alcance dos objetivos institucionais das políticas públicas, inclusive colocando em risco a sua efetividade. Ainda analisar, no posicionamento da doutrina e dos Tribunais Superiores, como os princípios da separação dos poderes, dignidade humana, mínimo possível, razoabilidade/proporcionalidade e reserva do possível estão inseridos na intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas na área de saúde de modo a poder concluir se existem prejuízos com a intervenção. Fazer extrapolações sobre estes estudos, buscando conclusões acerca dos possíveis ganhos e prejuízos que a atuação do Poder Judiciário, na tutela da execução de políticas públicas na área de saúde pode trazer para a efetivação de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal. E verificar se existem alternativas ao administrador público, que frente a liminares concedidas pelo Poder Judiciário, concedendo direitos de acesso à saúde, com dispêndio de recursos, tem que manter os níveis de execução das políticas públicas e se limitar ao orçamento disponível.

A metodologia a ser empregada engloba método indutivo por meio de pesquisa documental indireta, bibliográfica, com compilação e fichamento, pesquisa na doutrina, leis, regulamentos, livros, dissertações, artigos científicos, textos eletrônicos disponíveis em sites especializados, documental de julgados dos Tribunais Superiores, disponíveis nos sites públicos e revistas especializadas. Deste

modo, o estudo tem como intenção a revisão dos princípios que atuam na judicialização de políticas públicas, em especial na área de saúde pública. Teve-se como referencial a obra “Controle Jurisdicional de Políticas Públicas”, coordenada por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. (2011, p. 183-212).

O Poder Judiciário quando da análise de demandas judiciais que tenham como objeto a violação de direitos fundamentais, age nos limites dos princípios da separação dos poderes, dignidade da pessoa humana, princípio do mínimo existencial, princípio da razoabilidade (proporcionalidade) e princípio da reserva do possível. Para melhor entender o importante papel que desempenha o Poder Judiciário como agente ativo da efetividade de políticas públicas, é necessário se estudar os princípios que estão a influenciar suas decisões e a fundamentar seus posicionamentos jurídicos, que geram grande impacto na condução de políticas públicas garantidas pela Constituição Federal de 1988 e também um possível impacto polêmico nas contas públicas e no planejamento orçamentário. Como as políticas públicas são o mais eficaz mecanismo de alcance dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, cabe ao Poder Judiciário garantir sua efetividade, mediante demandas individuais e coletivas.

1 A DEFINIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA – DIREITO SOCIAL E FUNDAMENTAL

A conceituação do que se entende por políticas públicas é importante para se compreender as políticas sociais, como a política na área de saúde e suas interferências na esfera social.

O estudo das políticas públicas é campo de estudo de várias disciplinas, como a Sociologia, Ciência Política, Economia, Administração, que a estudam de diversos ângulos, dependendo do interesse e das respostas buscadas.

Para Saravia e Ferrarezi, que analisaram o termo políticas públicas sob uma ótica dos impactos por ela obtidos, estas seriam,

um fluxo de decisões públicas, orientado para manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a mudar a realidade; estratégias que apontam para diversos fins desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório e sistema de decisões públicas que visa a ações e omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos. (2006, p. 28-29).

Já Oswaldo Canela Junior, em uma análise sob a ótica do ente realizador do ato, entende por política estatal – ou políticas públicas – o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação, e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF). (2011, p. 88-89).

Antonio citando Mancuso, informa que o termo políticas públicas enseja a seguinte definição:

[...] conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional, ou legal, sujeitando-se ao controle judicial amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados. (2011, p. 185).

Portanto, para Antonio, o termo políticas públicas pode ser definido pela sua ação, com a busca da eficiência e efetividade.

Ainda sobre o tema políticas públicas, diversos autores tentaram definir o seu significado como meio de trazer uma melhor compreensão de seu papel na agenda pública. Voltaire de Lima Moraes define políticas públicas como “as ações governamentais tendentes a satisfazer interesses relevantes para a sociedade, em seu todo ou em parte dela”. (MORAES apud ANTONIO, 2011, p. 186). Marília Lourido dos Santos as define como “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. (SANTOS apud ANTONIO, 2011, p. 186). Para Ana Paula de Barcellos é “a tarefa que compete à administração pública de efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica, sendo que, para tanto, lhe cabe implementar ações e programas dos mais variados tipos, garantir a prestação de determinados serviços etc.”. (BARCELLOS apud ANTONIO, 2011, p. 186), e Nino Oliveira Toldo conceitua políticas públicas como “[...] conjunto de ações e programas da Administração Pública visando à realização dos fins do Estado previstos na Constituição. As políticas públicas, portanto, são instrumentos de ação do governo”. (TOLDO apud ANTONIO, 2011, p. 186).

Após conceituar o termo políticas públicas deve-se analisar seus elementos constituintes. Quanto aos elementos de uma política pública, estes seriam “um conjunto de medidas concretas; decisões ou formas de alocação de recursos; relação com um quadro geral de ação; público-alvo; objetivos e metas definidos em função de normas de valores”. (THOENIG apud SARAVIA e FERRAREZI, 2006, p. 30-31).

Quanto às suas dimensões, Celina Souza citando Theodor Lowi, explica que políticas públicas teriam quatro dimensões: como políticas distributivas, regulatórias, redistributivas e constitutivas. Na dimensão distributiva tem-se as decisões tomadas pelo governo, que desconsideram a questão dos recursos limitados, gerando impactos mais individuais do que universais, ao privilegiar certos grupos sociais ou regiões, em detrimento do todo. Na dimensão regulatória, tem-se a burocracia, políticos e grupos de interesse. Na dimensão redistributiva, tem-se ações que atingem maior número de pessoas e impõem perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuros para outros; são em geral, as políticas sociais universais, o sistema tributário, o sistema previdenciário e são as de

mais difícil encaminhamento, incluindo as políticas na área de saúde. E por fim, na dimensão constitutiva, temos as que lidam com procedimentos. (2006, p. 20-45).

Dentre esta gama de políticas públicas implementadas por um Estado, temos as políticas sociais, nosso foco de interesse nesta trabalho científico, que segundo entendimento de Jorge Abrahão de Castro, são as que buscam

- (i) proteger os cidadãos mediante a segurança social que tem como idéia forçar a solidariedade aos indivíduos, famílias e grupos em determinadas situações de dependência, ou vulnerabilidade, entre as quais se podem citar: (a) incapacidade de ganhar a vida por conta própria em decorrência de fatores externos, que independem da vontade individual;
- (b) vulnerabilidade devido ao ciclo vital do ser humano - crianças e idosos, por exemplo; e
- (c) situações de risco, como em caso de acidentes - invalidez por acidente; e
- (ii) realizar a promoção social mediante a geração de oportunidades e de resultados para indivíduos e/ou grupos sociais. (2011, p. 2).

Deste modo, a doutrina ensina que as políticas públicas são formas de concretização de direitos humanos, dentre eles, os direitos sociais. Estes direitos sociais, no caso do Brasil, estão constitucionalizados e possuem elevada importância na seara política.

Segundo explica Maria Paula Dallari Bucci, em sua obra “Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico”, “nem tudo o que a lei chama de política é política pública”. (2006, p. 22). Isto é importante, posto que pode trazer confusão na análise do normativo, que pode estar tratando de um procedimento, uma regra de menor valor e não de uma política pública estatal, com objetivos, metas e indicadores de desempenho bem definidos e controle social rígido devido a sua importância social.

Para Carvalho Filho, políticas públicas “são diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos da coletividade”. (2008, p. 377). Todo este arcabouço está pautado em uma autorização legal, constitucional ou não, que define os interesses coletivos estudados e aprovados pelo Congresso Nacional ou pelo Poder Executivo.

Em termos estruturais, do funcionamento da máquina estatal, Maria Paula Dallari Bucci, define que,

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados –

processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados [...] **o conceito de políticas públicas pressupõe modelos de ações, programas ou atividades públicas, evidenciando o comprometimento de todas as funções do Estado com a realização das metas de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional.** [...] não há a priori, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação dessas políticas, [...] a Constituição Federal dá a direção e regula a atuação do Estado, assim compreendido na totalidade dos Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. (2006, p. 39, grifo nosso).

Na mesma linha de raciocínio, Breus, entende que política pública é

o principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, representado por programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Deste modo, **o Estado estaria obrigado pela Constituição a instituir políticas públicas que venham a efetivar o direito à saúde e os demais direitos fundamentais e sociais,** conforme se extrai da interpretação do art. 6º da CF/1988. (2007, p. 204, grifo nosso).

As políticas públicas seriam assim o instrumento de atuação do Estado e do Governo para o alcance de objetivos, sejam de interesse da coletividade ou de um grupo social. Desta forma entende Ferraresi, que sob um enfoque constitucional, “as políticas públicas (estatais ou governamentais) têm a finalidade de alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no artigo 3º da Constituição Federal”. (2001, p. 491-492).

Políticas Públicas seriam assim, a forma de atuação do Estado com vista ao alcance de sua função primordial, que seria a melhoria da qualidade de vida do cidadão sob sua proteção. As diversas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado justificam o contrato social firmado entre este ente superior e seus cidadãos e explicam sua existência no atual cenário político, onde fundamentos primordiais da existência do Estado estão sendo rediscutidos e modernizados, como o conceito de soberania, território e cidadania.

Diante da posição de diversos doutrinadores citados, estudiosos do tema políticas públicas, em especial da política pública, como direito social fundamental, constitucionalizado em 1988, pode-se entender o termo, seu

significado, suas partes, seus limites e avançar no estudo das condições em que estas políticas são postas pelo Estado, seus princípios, como elas são efetivadas, formas de controle social à disposição da sociedade e como o Poder Judiciário pode atuar como sujeito ativo deste processo de implementação, sempre se tendo como foco que política pública na área de saúde é um direito fundamental e como tal não é uma expectativa, mas uma realidade, como se pode concluir após analisar seus princípios.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO SETOR SAÚDE – DEFINIÇÃO E PRINCÍPIOS

A Constituição de 1988, no Capítulo II do Título VIII - Da Ordem Social, instituiu o conceito de Seguridade Social, nele incluindo as ações e serviços de saúde:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998). (BRASIL, 1988).

Mais especificamente, na Constituição Federal de 1988, na Seção II – Da Saúde, a norma constitucional define os princípios que regem este direito fundamental, ditame legal essencial para se compreender os direitos sociais fundamentais de saúde que o cidadão brasileiro possui e, por este motivo, pode e deve pleitear judicialmente em caso de inadimplemento total ou parcial por parte do ente federativo:

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000). (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Ainda em relação à Saúde a Constituição de 1988 a define como de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no Artigo 23 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Essas normas são o fundamento do Sistema Único de Saúde – SUS, criado pela Lei nº 8.080/90, que fez constar em seu art. 2º ser a saúde um direito fundamental do ser humano e dever do Estado promover as indispensáveis condições para a observância do direito à saúde. (BRASIL, 1990).

Por outro lado, a integralidade da assistência é “[...] entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso”, sendo garantida pela Lei 8080/90, Artigo 7º, item II. (BRASIL, 1990).

Sobre o sistema público de oferta do direito à saúde, Ciarlini descreve como digna de nota a criação da estrutura voltada à prestação de serviços públicos de saúde e previdência social, merecendo destaque a instituição do Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária – CONASP, a proposição das Ações Integradas de Saúde (AIS) e a promulgação da Lei Orgânica do Sistema Único de Saúde – SUS, com o estabelecimento dos Conselhos de Saúde, revelando a adoção no Brasil do critério de universalização dos direitos sociais, especialmente no que se reporta ao direito à saúde. O SUS na visão do autor é a mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, com incumbência de integração e organização de várias entidades que buscam a promoção da saúde pública, com participação nas três esferas federativas: União, Estados/DF e Municípios. (CIARLINI, 2013, p. 28-30).

As políticas públicas na área de saúde são assentadas em fortes princípios, como o da dignidade humana e mínimo existencial. O ponto central que deve ser observado pelo Administrador é que políticas públicas na área de saúde tem o intuito de garantir o direito à vida, direito fundamental de todo cidadão.

Não será objeto deste trabalho se aprofundar no mecanismo administrativos da política pública de saúde e do SUS, mas nos princípios que fundamentam e garantem o direito à saúde e à vida, conforme disposto na constituição. Para uma maior compreensão dos processos de aquisição, prescrição, dispensa, financiamento, política de medicamentos e assistência farmacêutica e uso racional de medicamentos é indicada uma pesquisa aprofundada nos normativos disponíveis nos sítios do Ministério da Saúde (www.saude.gov.br), CONASS –

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (www.conass.org.br) e Portal Brasil (www.brasil.gov.br).

3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O legislador originário tratou das competências do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988, no título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I, que discorre sobre “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, mais especificamente no seu art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Com base nesta garantia constitucional o cidadão que entender que está sofrendo limitações injustificadas no exercício do seu direito à prestação de determinado serviço ou entrega de bem por ente público pode se socorrer do Poder Judiciário como modo de garantir o seu direito. Ele faz isso de forma direta ou por interferência do Ministério Público, que conforme art. 127, da CF/1988,

é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL, 1988).

No caso, do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, esse seria quase ilimitado. A explicação para Sadek, é que “[...] quando a Constituição menciona um direito/dever como fundamental, este é justicializável”. (2011, p. 1-28). No caso em estudo, está-se analisando as políticas públicas na área de saúde, direito social fundamental, conforme a Constituição Federal de 1988. Este direito na visão de Sadek seria justicializável e portanto, a atuação do Poder Judiciário como fiscal da efetividade das políticas públicas nesta área estariam embasadas constitucionalmente, como poderemos ver com os ensinamentos dos demais autores pesquisados.

Segundo Oswaldo Canela Junior, “cabe ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º da CF brasileira)”. (2011, p. 88-89). Deste modo, estaria autorizada a atuação judicial, em se tratando de políticas públicas sociais, não só na área saúde, mas como também educação e segurança.

Mas nem todos os doutrinadores entendem que a judicialização de políticas públicas é de livre exercício pelo Poder Judiciário. Segundo Lívia Regina Savergini Bissoli Lage, existem doutrinadores que tem um entendimento mais restrito da defesa de direitos sociais fundamentais, onde esses seriam direitos exclusivamente coletivos, sendo que “sua tutela individual deveria ser coibida em

prol de uma isonomia efetiva”. Outros defendem uma posição segundo a qual “a defesa individual desses direitos sociais somente seria possível, quando houvesse ofensa ao mínimo existencial”. (2011, p. 157).

Esse entendimento seria bem mais restrito do que o dos que entendem que uma vez inserido um direito na Constituição, como direito fundamental, este seria judicializável. Como grande parte das demandas que dizem respeito à judicialização de políticas públicas é individual e busca a satisfação emergencial de um direito, que afeta, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, porque colocam em risco a vida da pessoa, a atuação do Judiciário seria diminuída, se o entendimento mais restritivo, que se baseia no paradigma procedimentalista, que será estudado mais adiante, fosse o predominante na doutrina e jurisprudência.

Um dos doutrinadores que entendem que a atuação do Poder Judiciário deve ser mais restrita na defesa dos interesses sociais, Ricardo Lobo Torres, afirma que,

os direitos sociais somente são direitos fundamentais no âmbito do mínimo existencial, razão pela qual apenas poderiam ser judicializáveis nesse aspecto: Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial [...]. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. (2008, p. 358, grifo nosso).

O entendimento da possibilidade de judicialização de políticas públicas passa também pela discussão da atuação do Magistrado nesse exercício de dizer o direito. Sobre a judicialização e a atuação do Magistrado, entende Lage, que

[...] o Judiciário no caso de eventuais desvios na implementação dos direitos fundamentais pelos demais poderes, deverá conformar as políticas públicas preferenciais, já previstas no texto constitucional, à atividade legislativa e executiva. [...] o magistrado, no exercício de sua função jurisdicional, apenas determina seja cumprida a Constituição, a qual faz cessar a liberdade discricionária do administrador e mesmo a do legislador. (LAGE, 2011, p. 177).

Para Nilva M. Leonardi Antonio, no tocante à atuação dos Magistrados no controle judicial em políticas públicas, “O juiz tem, em nossos dias, um papel preponderante no controle das políticas públicas, e o vemos de forma

nítida na tutela coletiva”. Cita a autora, que Appio ao estudar a intervenção do Poder Judiciário disse que,

[...] não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício da função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias de democracia participativa. (2011, p. 193).

Prossegue seu raciocínio, afirmando que para Arenhart,

[...] sempre a proteção de um interesse redundará na violação de outro (também importante) e, assim, a tutela daquele somente será legítima até certo limite, pois a partir deste a violação do outro importará sacrifício não admitido constitucionalmente [...] assumirá ainda relevância – para dirimir o conflito de interesses coletivos - a ponderação de interesses e a consequente aplicação do princípio da proporcionalidade [...] a proteção judicial deve sempre envolver a análise de meios, fins e motivos, observando-se se, no caso concreto, diante dos motivos apresentados, os meios são aptos (e, mais do que isto, são os mais adequados) a atingir os fins propostos. (ARENHART apud ANTONIO, 2011, p. 193-194).

Quanto à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, Dirley da Cunha Junior, entende esta atuação possível, visto que “a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial, a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos”. Desta forma, o direito fundamental à saúde não seria somente uma regra programática, mas de exercício efetivo e imediato. Prossegue o autor ressaltando que,

o Judiciário pode e deve completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto, sem que se cogite de qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes [...] uma vez que os direitos são dotados de força normativa autônoma contra ou na ausência do legislador [...]. Se se trata de direitos – e direitos fundamentais – seu titular se encontra imediatamente investido no poder jurídico de exigir prontamente, via judicial, a prestação correspondente a seu objeto, sempre que o obrigado deixar de satisfazê-la. (CUNHA JUNIOR apud ANTONIO, 2011, p. 197-198).

Ainda sobre a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, “APPIO opina que o Judiciário somente deverá interferir a fim de prover o

mínimo existencial à vida e à dignidade humana”. (APPIO apud GRINOVER, 2011, p. 200).

Dentro desta ótica e levando em consideração que estamos analisando a questão sob o prisma do direito fundamental à saúde, podemos concluir que os limites do Poder Judiciário seriam bastante elásticos.

Como exemplo do entendimento do Poder Judiciário, quanto à sua atuação como agente em políticas públicas, cita-se trabalho de Nilva M. Leonardi Antonio, que relata que os Tribunais “estão proferindo suas decisões de tal forma a garantir o cumprimento dos direitos fundamentais da Constituição”, conforme se depreende do disposto nos seguintes recursos:

APELAÇÃO CÍVEL N. 197.471.5/0-00

Comarca de Ribeirão Preto. Apelante: Prefeitura Municipal de Guatapar (e outro). Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo.

[...] No mérito, a assistência integral  saúde das pessoas necessitadas  obrigao constitucional e legal do Estado e do Município. Assegurar esse direito social ao cidadão não constitui ingerência do Poder Judiciário na Administrao Pública, na medida em que apenas garante ao necessitado o direito  saúde.

APELA CÍVEL N. 195.953-5/6-00

Comarca de São Paulo. Apelante: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Apelado: Ministério Público.

[...] A Administrao Pública tem o dever de providenciar e aprimorar a excelência dos serviços prestados na área de saúde, que  a discutida nesta ao. Não se trata de intromissão na conduo política da saúde, como afirma a recorrente. Há, sim, imperiosa necessidade de provocao do Poder Judiciário para garantir a aplicao das leis e impor ao Estado o cumprimento integral de suas obrigaes. (2011, p. 200-201).

O ponto inicial do estudo da judicializao de políticas públicas seria considerar verdadeira a premissa de que estaria o Poder Judiciário autorizado pelo sistema jurídico brasileiro a proceder ao controle de políticas públicas para a satisfao dos direitos fundamentais. O fundamento para tal assertiva está na interpretao do art. 2o  luz dos arts. 3o e 5o, XXXV, da Constituio Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

Vários autores trataram da questão da constitucionalizao das políticas públicas, seu teor de direito fundamental social e em vista disso, da possibilidade de judicializao para garantia do exercício pleno deste direito.

Segundo Osvaldo Canela Junior, a questão embora complexa se encontra na interpretação da Constituição. Para o autor,

as políticas públicas **irradiadas por meio de núcleos constitucionais** representam a satisfação espontânea dos direitos fundamentais sociais do Estado. A omissão dos Poderes Legislativo e Executivo na satisfação espontânea dos direitos fundamentais, que possuem **plena e imediata eficácia**, inadimplindo assim a obrigação constitucionalmente assumida, gera **lesão de direitos**, que é **reparável por meio de jurisdição** [...] A **ausência de satisfação espontânea dos direitos fundamentais**, decorrentes da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, **viola os direitos fundamentais sociais, gerando lesão amparável pela jurisdição**. Reconhece-se, portanto, a plena eficácia dos direitos fundamentais, a justificar o exercício do direito de ação, mesmo na hipótese de omissão do Estado. [...] Os direitos fundamentais por estarem inseridos no texto de uma Constituição são direitos constitucionais. A Constituição, portanto, vincula o Estado à efetivação dos direitos fundamentais, surgindo deste vínculo uma situação jurídica. Decorre desta afirmação que entre o Estado e o titular dos direitos fundamentais há uma relação jurídica de direito público. [...] Por estarem amparados pela Constituição, os direitos fundamentais são direitos constitucionais, de forma que, em caso de lesão, decorrente de conduta do Poder Público ou de particulares, nasce para o titular uma pretensão a ser exercitada por intermédio do direito de ação. [...] **Os direitos fundamentais são compreendidos como complexos normativos, que devem ser protegidos pelo Estado.** (2011, p. 88-89, grifo nosso).

Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia dos direitos fundamentais, mais especificamente o direito à saúde, é no seguinte sentido, segundo relatoria do Ministro Celso de Mello, de que:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.** (GRINOVER, 2011, p. 206-208, grifo nosso).

Deste modo, entende a Suprema Corte, com base no paradigma substancialista, que o direito fundamental à saúde não poderia ser mitigado frente a

questões financeiras, o que coloca em cheque a possibilidade de se aventar como obstáculo ao atendimento de demandas onerosas na área de saúde o princípio da reserva do financeiramente possível, pensamento do procedimentalismo, como se pode concluir após a análise dos princípios a seguir estudados.

Outro importante posicionamento do STF, sobre judicialização de políticas públicas, foi relatada pelo Ministro Gilmar Mendes (2008 – decisão de UTIs):

[...] como tenho analisado em estudos doutrinários, **os direitos fundamentais não contém apenas uma proibição de intervenção, expressando também um postulado de proteção. Haveria, assim, não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente. Não se pode conceber grave lesão à economia da União, diante de determinação constitucional expressa de primazia na formulação de políticas sociais e econômicas nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva.** A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. **Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público.** (GRINOVER, 2011, p. 206-208, grifo nosso).

Mas nem todos os doutrinadores e nem toda jurisprudência é no sentido de compreender a judicialização como algo benéfico para a efetividade e planejamento de políticas públicas. Entende Gustavo Amaral, que

[...] preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis. **Decidir atender dada pessoa com um órgão para transplante é também decidir não atender todos os demais que poderiam ser beneficiados com aquele órgão específico.** Uma UTI neonatal consome recursos – dinheiro, espaço, pessoal – que não estarão disponíveis para atender as necessidades que não sejam de recém nascidos. (2010, p. 172, grifo nosso).

Para Lopes, duro crítico do posicionamento doutrinário que entende que a judicialização de direitos fundamentais na área de saúde é tema assegurado e que o Estado deve se organizar para atender na totalidade os pleitos legítimos, a questão da judicialização de políticas públicas de direitos sociais pode ser tratada da seguinte maneira:

Não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação. Se for dado, trata-se de uma concessão segundo a caridade, não segundo a justiça, e

nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais de caridade. Dizer que o valor da vida e da saúde de cada um não cede diante da reserva do possível em princípio oculta um problema muito mais grave do que parece. Tal raciocínio parece imaginar que o Estado está obrigado a dar a cada um essas condições de maneira isolada. Ora, tal raciocínio é insustentável. O Estado – seja por qualquer de seus órgãos – está obrigado a tratar de maneira igual a todos os cidadãos. Assim, não tem o dever de dar a um o que não pode dar a todos. **É gravíssimo erro de compreensão dos direitos fundamentais: estes são devidos a todos e devidos simultaneamente. Se a maneira de distribuir é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido.** (2008, p. 181, grifo nosso).

Sobre a discussão da questão da alocação de recursos na área de saúde, Rocha defende o argumento que,

Com efeito, não cabe ao Judiciário formular políticas públicas, que constituem encargo de outro poder. Na realização de direitos sociais, por meio de processo judicial, muitas vezes não é levado em conta todos os elementos materiais e financeiros necessários para que a sociedade tenha a seu alcance os bens e serviços que possibilitem a realização de tais direitos. (2005, p. 18).

Também crítico da atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, Sarmento entende que,

os argumentos da legitimidade de atuação do Judiciário não devem levar ao ponto de negligenciar os riscos para a democracia representados por um ativismo judicial excessivo em matéria de direitos sociais, que transforme o Poder Judiciário na principal agência de decisões sobre as políticas públicas e escolhas alocativas realizadas nessa seara. Todos eles comportam temperamentos, que nos conduzem a preferir um regime que se, por um lado, não nega ao Poder Judiciário um papel relevante na proteção dos direitos sociais, por outro, também não o converte a condição de protagonista neste campo. (2008, p. 515).

No entendimento de Lupion, na medida em que um indivíduo obtém “o direito de receber determinado medicamento ou o equivalente em dinheiro, provavelmente alguém ficará privado de idêntica providência, dada a conhecida escassez dos recursos públicos”. (2008, p. 354). Numa interpretação superficial da realidade orçamentária brasileira, esta afirmativa pode parecer verdadeira, mas vê-se que existem outros fatores e outras escolhas públicas, que podem estar prejudicando esta equação matemática, onde a obtenção de um direito fundamental reduz a de outro. Para que a afirmação de Lupion seja totalmente verdadeira, seria necessário discutir a alocação e a necessária a otimização de todos os recursos

orçamentários à disposição do Estado. Essa maior discussão das prioridades alocativas é justamente o que não se percebe, quando o Estado frente à determinação constitucional de proteção integral à vida, inclui, por exemplo e sem ser exaustivo, na agenda política, governamental e financeira o patrocínio de eventos esportivos bilionários, de duvidosa e incerta recuperação e desenvolvimento social. O que será mais importante frente aos princípios constitucionais: o direito ao esporte e lazer ou o direito à vida, à saúde, à educação e segurança? Seria o Estado responsável por patrocinar estes eventos ou a iniciativa privada, caso esta entendesse como viável economicamente?

Diante dos estudos analisados, pode-se entender que, embora tema bastante conflituoso e de alta complexidade lógica e jurídica, existe amparo legal do Judiciário para proferir sentenças que obriguem o Estado a uma prestação positiva a determinado indivíduo, quando já houver política pública implementada e em execução e a existência de limitações ao Poder Judiciário para deferimento de prestações positivas individuais, mormente quando não houver política pública subsidiando a pretensão.

Esta é a visão de Barroso, quanto à atuação do Judiciário. Defende o autor que, no âmbito de ações individuais, o magistrado deve restringir-se a “efetivar a dispensação de medicamentos que já constam das listas elaboradas pelos entes federativos, com vistas a preservar a universalidade das prestações em saúde”, em respeito à isonomia no atendimento aos cidadãos e a alocação orçamentária feita pelos representantes eleitos pelo povo. Contudo, “ele excepciona os casos em que o autor corra risco de morte iminente, nos quais admite que o magistrado defira a entrega do medicamento”, ficando a cargo do Ministério Público a avaliação da possibilidade de ajuizamento de ação coletiva para inclusão do medicamento em lista. (2000, p. 296).

Prosseguindo a análise da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas e sua interligação com o princípio da separação dos poderes, têm-se que a Judicialização de políticas públicas, em especial na área de saúde pública, trouxe à tona uma maior atenção da postura e importância do Magistrado frente às questões que lhe são apresentadas em juízo. Para Sadek, “o juiz boca da lei é hoje, na melhor das hipóteses, um recurso de retórica. De figura acanhada e quase anódina, magistrados tem marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais relevantes”. Para a autora,

Poucos contestariam que, nos últimos anos, juízes, desembargadores, ministros de tribunais superiores tornaram-se figuras mais conhecidas do que eram no passado. De fato, magistrados tem marcado presença na arena pública. Não se trata apenas de uma atuação circunscrita à resolução de disputas entre partes, mas de uma participação abrangente, relacionada a questões do dia a dia, a problemas de política pública, a temas que dizem respeito à coletividade, à sociedade como um todo. [...] Tal participação não se restringe à Corte Suprema, nem mesmo aos Tribunais Superiores. Juízes tem se manifestado sobre as mais diferentes matérias, sobre políticas públicas, sobre direitos relacionados à saúde, à educação, à habitação, ao saneamento, etc. [...] numerosos e enfáticos os protestos por parte de administradores públicos questionando determinações judiciais, quer apontando a impossibilidade orçamentária ou material de cumpri-las, quer denunciando a ingerência em questões vistas como dependentes exclusivamente da discricção da autoridade nas distintas esferas do Executivo. [...] devido a grande repercussão, destaquem-se, de um lado, as decisões por parte dos magistrados obrigando a internação de doentes em hospitais, ou a concessão de medicamentos, ou ainda a paralisação de obras, etc., e, de outro, as contestações de representantes da Administração Pública ou do setor privado. (2011, p. 2-3).

Na análise de princípios constitucionais e políticas públicas, uma questão se apresenta: se o princípio da separação dos poderes determina a competência de cada poder no Estado, porque o Poder Judiciário pode atuar nas demandas relativas a políticas públicas? Para Sadek, o texto constitucional tem uma série de passagens que garantem esta posição:

[...] a afirmação de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV, da CF/88); o conteúdo de seu preâmbulo, quando institui um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito; os fundamentos da República, com destaque para a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88); os seus objetivos fundamentais e as cláusulas pétreas – asseguradoras dos limites de reforma constitucional. Além disso, a Constituição de 1988 estabeleceu deveres fundamentais ligados a políticas públicas (v.g., saúde, educação, segurança pública e meio ambiente). Essa especial categoria de direitos subjetivos caracteriza-se por ser exercida no interesse e benefício de terceiros especialmente determinados pela norma e/ou da própria coletividade, rompendo o círculo individualista dos direitos subjetivos clássicos, voltados unicamente para o interesse do titular. (Sadek, 2011, p. 1-28).

O princípio da separação dos poderes é uma das questões em estudo no controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário e muitas vezes é um dos pontos recorrentes defendidos pelos que são contrários a essa atuação.

Questiona Maria Paula Dallari Bucci, que,

Uma vez que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do Poder Público – e, portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder -, como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública, sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo?. (2006, p. 23).

A resposta a essa questão estaria na leitura e interpretação do constante no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988).

Uma vez que haja omissão no cumprimento da disposição constitucional de direitos fundamentais, haverá a possibilidade de apreciação da demanda pelo Poder Judiciário. Em se tratando de questões que tenham como objeto a prestação de políticas públicas na área de saúde, as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário são várias, de fornecimento de medicamentos de uso contínuo de alto custo à disponibilização de leitos de UTI.

Para Bucci, a resposta aos questionamentos de que o princípio da separação dos poderes seria um empecilho à atuação judicial em políticas públicas seria que “o objetivo de uma política pública é resultar no atingimento dos objetivos sociais (mensuráveis) a que se propôs; obter resultados determinados, em certo espaço de tempo”. Desta forma, não haveria como um princípio constitucional ser objeto de defesa para a não implementação de direitos sociais fundamentais. O princípio da separação dos poderes está na Constituição para proteger os poderes da ingerência dos demais e garantir sua autonomia de atuação, mas não está para prejudicar o alcance de objetivos legítimos fundados constitucionalmente. (2006, p. 22).

4 DA RACIONALIDADE INSTRUMENTAL, RACIONALIDADE SUBSTANTIVA, SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

O problema da execução de políticas públicas sociais, por meio de liminares conquistadas no Poder Judiciário e as vantagens e dificuldades advindos desta interferência judicial passam obrigatoriamente pelo conhecimento do arcabouço teórico da racionalidade instrumental e racionalidade substantiva, que são a base teórica daqueles que entendem como possível a atuação do Poder Judiciário no processo de efetivação de políticas públicas e daqueles que entendem que este não deve alterar as condições que os Poderes Executivo e Legislativo estruturaram e proveram de recursos orçamentários as ações integrantes das políticas públicas.

Segundo ensinamentos de Max Weber, a ação social pode ser determinada de modo racional, referente a fins (por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente); de modo racional referente a valores (pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado); de modo afetivo, especialmente emocional (por afetos ou estados emocionais atuais) ou de modo tradicional (por costume arraigado). (DA COSTA, 2009, p. 1-33). Observa-se que é com base no modo racional, referente a fins, que o legislador e o formulador de políticas públicas se baseiam, posto que se espera deles um comportamento puramente racional, onde pela formulação de um processo racional, se alcançam objetivos previamente planejados. De outro modo, do julgador no exercício do Poder Judiciário, como fiscal da aplicação da lei, se espera um comportamento não só racional referente a fins, mas também, racional referente a valores, sejam éticos ou morais. Weber distingue bem nitidamente os dois comportamentos, como: racionalidade substantiva e racionalidade instrumental. A racionalidade substantiva também é conhecida de “ética das últimas finalidades”, “ética das convicções” ou “ética do valor absoluto”. Neste tipo de racionalidade, o sentido da ação está, não no resultado, que é superior a ela, mas sim, na própria ação em suas particularidades. Quer dizer que, na ação da razão substantiva, não vamos buscar a explicação da

conduta fora dela, mas em seu interior. Em sua obra, Weber descreve este comportamento da seguinte forma:

Age de maneira puramente racional referente a valores quem, sem considerar as consequências previsíveis, age a serviço de sua convicção sobre o que parecem ordenar-lhe o dever, a dignidade, a beleza, as diretivas religiosas. A ética absoluta simplesmente não pergunta quais as consequências. (ENCINAS, 2011).

Como veremos mais adiante, esta postura de Weber é a que explica o comportamento do aplicador do direito no Poder Judiciário (conhecida também como paradigma substancialista), na análise das demandas judiciais, quando da falta de efetividade das políticas públicas sociais, mais comumente na área de saúde.

Já para a racionalidade instrumental, também chamada de ética da responsabilidade, deve-se buscar o meio mais eficiente para alcançar determinado fim, sem refletir acerca da validade deste objetivo. Se a ética da convicção se preocupa com “o porquê”, a ética da responsabilidade se preocupa com “o como”. Para os defensores da conduta pela ética da responsabilidade, na ação deve-se buscar “dos males o menor” ou deve-se fazer “o melhor possível para o maior número de pessoas” (conhecida também como paradigma procedimentalista). Em sua obra, Weber descreve este comportamento da seguinte forma:

Age de maneira racional referente a fins quem orienta sua ação pelos fins, meios e consequências secundárias, ponderando racionalmente tanto os meios em relação às consequências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si. (ENCINAS, 2011).

Pelo raciocínio do “substancialismo”, o juiz na qualidade de aplicador do direito deve deixar de ser o aplicador formalista da lei, para se tornar um agente das transformações sociais. Desta forma, deve agir como garantidor dos direitos sociais dos cidadãos se aproximando da racionalidade substantiva. Ocorre que esta postura pode ter um elevado custo social. Entende-se que o Magistrado, mesmo em uma postura “substancialista”, precisa se preocupar em analisar as condições da reserva do financeiramente possível, onde além da análise da pretensão jurídica do direito, deve-se compreender a inexistência de disponibilidade financeira para efetivar prestações positivas e verificar a falta de razoabilidade na pretensão deduzida.

Um estudo aprofundado sobre os paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição, no tocante ao direito à saúde, foi desenvolvido por Alvaro Luis de A. S. Ciarlini. (CIARLINI, 2013). O autor esclarece que a questão que está por trás da discussão da possibilidade e dos limites de atuação judicial na execução de políticas públicas tem morada na dialeticidade entre o substancialismo de Cappelletti e Dworkin e o procedimentalismo de Habermas, Ely e Waldron. O jurista na análise da demanda judicial em políticas públicas enfrentaria o problema de saber quais são as possibilidades e os limites da sua atuação. Este dilema é visto nas divergências existentes na doutrina, nas áreas técnicas governamentais, na academia e em julgados da primeira e segunda instâncias judiciais. As possibilidades e os limites de atuação estariam “lastreada em critérios de apreciação dos direitos fundamentais, marcados pelo dissenso entre duas posturas historicamente antagônicas”, o substancialismo e o procedimentalismo. (CIARLINI, 2013, p. 16).

Para o substancialismo, há a supremacia da lei em face da Administração Pública, com preservação dos direitos subjetivos individuais previstos na Constituição Federal contra os excessos do poder do Estado. Para o procedimentalismo, as normas jurídicas constituem os marcos e limites da atuação do Poder Executivo, mas não o seu fundamento. (CIARLINI, 2013, p. 16). Estas duas vertentes do pensamento jurídico darão respostas diversas e até antagônicas, para problemas como a aplicação da reserva do financeiramente possível em confronto com os princípios da dignidade humana e do mínimo existencial. Por este motivo se faz importante entender melhor como a atuação judicial se dará em cada uma destas escolas e como pautará a atuação daqueles que se filiam a elas.

Cita Ciarlini, que para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, “o direito à saúde é algo dotado de um grau de fundamentalidade que o colocaria acima de qualquer outra regra ou princípio constitucional”. O direito à saúde, que é um direito fundamental, seria percebido como “algo absoluto, que poderia ser afirmado em detrimento de quaisquer outros interesses do Estado”. Mesmo assim esta tese não seria uniforme, posto que ainda existiriam precedentes jurisprudenciais no sentido de compreender que o direito à saúde poderia ser relativizado em razão da escassez dos recursos públicos necessários à sua execução. O que seria a possibilidade de supremacia da reserva do possível frente ao direito à saúde, tese defendida por alguns doutrinadores e

juristas. O autor critica esta postura de antagonismo que estaria presente na jurisprudência dos Tribunais Superiores, que seria o problema central de sua obra: a crítica à posição dominante adotada pelo Poder Judiciário no trato à saúde, ao afirmar o substancialismo contra a teoria da reserva do possível. A opção pela adoção por uma postura substancialista, “no sentido de concretizar direitos fundamentais sociais, exporia as entranhas da discrepância entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição”. O autor partiria da afirmação de que todos têm direito à saúde e à vida, abordando a possibilidade de imposição desses direitos pelo Poder Judiciário, sem que isso importasse na vulneração do equilíbrio de forças em uma sociedade democrática. Quer dizer, a manutenção do direito fundamental à saúde e à vida sem prejuízo da separação dos poderes e dos princípios do estado democrático de direito. A obra analisaria as iniciativas do Poder Judiciário no sentido de mitigar as deficiências da gestão em políticas públicas do Estado, de responsabilidade do Poder Executivo, por meio da “potencialização de um protagonismo social e político ora exercido pelos magistrados”. (CIARLINI, 2013, p. 17-18).

Esta discussão do antagonismo entre substancialismo e procedimentalismo vai de encontro com os objetivos deste trabalho, que é conhecer o processo de judicialização na área de saúde pública, seus motivos e impactos sociais pela análise dos princípios da separação dos poderes, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível. Uma melhor compreensão desta posição antagônica existente no Poder Judiciário e sua atuação colaboram para uma maior compreensão do porque se pode ter um princípio como absoluto ser relativizado frente às limitações financeiras. Desta forma, para melhorar a compreensão dos motivos que levam ao magistrado atuar de uma ou de outra forma na solução das lides que tratam de direitos sociais, em especial o direito à saúde e à vida, é necessário aprofundar um pouco mais o estudo do substancialismo e do procedimentalismo e a questão de um direito social ter custo, gerar despesa ao Estado e aos seus contribuintes, sendo portanto de implementação limitada, uma vez que os recursos financeiros disponíveis são escassos.

Este é o entendimento de Ciarlini, de que não se pode olvidar que direitos sociais tem custo. O autor cita a tese de Stephen Holmes e Cass Sunstein, de que “o tratamento da questão dos direitos constitucionais não pode prescindir de

uma reflexão de que leve em conta a peculiaridade de que os direitos têm custos”. Holmes e Sunstein indagam “quanto custa um direito”, com “o propósito de demonstrar de que a realização e observância de direitos constitucionais dependem da alocação estratégica dos recursos públicos aptos para tanto”. (CIARLINI, 2013, p. 32). O custo de um direito constitucionalizado deve compor ainda os custos indiretos de controle, construção e acompanhamento de indicadores de desempenho e eficiência, para que não se tenha a criação de algo impossível, que só por ser constitucionalizado tem o condão de ser realizável. Uma sociedade moderna e amadurecida teria que saber os limites do custeio de seus direitos e saber optar dentre as opções apresentadas. O Poder Legislativo tem esta obrigação, para que não recaia sobre o Poder Executivo a obrigação de hierarquizar os direitos fundamentais em vista de escassez de recursos financeiros. Direitos sociais teriam custos e estes custos constituiriam uma “limitação ao seu atendimento, em virtude da potencialização dos critérios seletivos em face do aumento de sua demanda, tendo-se em conta a disponibilidade financeira do Estado”. Concluindo, direitos sociais por terem custo podem ter sua eficácia limitada em função da reserva do financeiramente possível. Ao juiz caberia a ponderação e compreensão de que os direitos sociais estariam “contingenciados pela realidade financeira do Estado, não podendo ser considerados absolutos e que, **embora prescritos na Constituição, não poderiam ser atendidos, todos, ao mesmo tempo**”. (CIARLINI, 2013, p. 32-33, grifo nosso).

Prossegue o autor afirmando que as considerações de Holmes e Sunstein chamam a atenção dos juristas de que os direitos sociais podem não ter seu alcance para a sociedade como um todo, o que pode ser um grande problema para o magistrado, posto que pode recair sobre seus ombros o ônus de negar a vida, quando uma demanda individual for compreendida como financeiramente impossível. Magistrados são membros da sociedade, com todos os relacionamentos sociais dos demais membros da sociedade. Como negar um pleito a um terceiro e entender de forma diferente quando for um ente familiar? Esta é a questão mais complexa. Que os direitos sociais devem em algum momento serem limitados pela realidade de sua realização efetiva, é plenamente aceitável, mas quais seriam os critérios e os sujeitos do Estado aptos a informar que se está diante de uma impossibilidade financeira? O Judiciário não possui elementos e dados técnicos para fazer tal afirmação e o Poder Executivo pode não ter o devido interesse, posto que

um maior conhecimento das contas públicas, pode levar o magistrado a um entendimento diverso ao encontrar recursos disponíveis em ações estatais não essenciais. Para o autor,

no Brasil, a ênfase presente na grande maioria das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (CIARLINI, 2013, p. 39).

Uma questão complexa, que vai de encontro com a análise dos princípios que protegem a afirmação de que “todos têm direito à saúde e à vida” seria o fato de saber “qual o preço a pagar pela tentativa de sanar a deficiente gestão das políticas públicas pelo Estado por meio da expansão do poder judicial”. Em outras palavras, a incompetência administrativa de melhor gerir os recursos disponíveis no âmbito da saúde pública gera um exponencial aumento de participação do Poder Judiciário como garantidor do direito à saúde e à vida. Mas qual o preço que se aceita pagar por esta participação? Se poderia entender que não existe limite, que a totalidade dos recursos disponíveis no momento da prolação da sentença poderia ser objeto de captura e bloqueio, ou que somente os recursos alocados em ações não essenciais do funcionamento do Estado, como desportos, pagamento de juros da dívida pública ou turismo, que confrontados com a essencialidade do direito à saúde ficam hierarquicamente rebaixados. Outras questões dizem respeito “à falta de participação da sociedade democrática na deliberação desses temas e na elaboração das estratégias aptas a fundamentá-las”. O Poder Judiciário não tem a representatividade do voto do Poder Legislativo, responsável por determinar o uso dos recursos públicos disponíveis no orçamento. O autor se pergunta se “o direito social tem primazia sobre tudo o mais, inclusive sobre as questões de organização e previsão orçamentária para a realização das políticas públicas aptas à sua concretização” e se “os direitos a prestações não podem ser deferidos pelo Judiciário, sob pena de vulnerar políticas públicas que têm maior alcance quanto ao número de destinatários”. (CIARLINI, 2013, p. 67-68).

A resposta a estas questões passa sempre pela pergunta: qual a distância do sujeito responsável pela decisão destas questões em relação ao problema central? Quanto mais próximo do problema, quanto mais afetado

diretamente ou indiretamente, mais o sujeito da decisão estará apto a aceitar o custo do deferimento do direito à vida ou à saúde à custa de elevadas somas a serem pagas pelo Estado e quanto mais distante, mais apto a entender as limitações à concretude dos direitos sociais. Em uma sociedade onde as deficiências históricas foram sanadas, as escolhas públicas são bem menos dramáticas e pouco se relacionam com o direito à vida, existe tempo hábil e instrumentos legais para uma maior participação popular na tomada de decisões e recai sobre a coletividade o ônus da decisão. Mas numa sociedade historicamente carente de direitos, o direito à vida pode ser tudo o que ela precisa almejar, posto que sem ele não importará muito o direito à educação e segurança. Estas questões às vezes passam despercebidas pelo gestor público, mas não poderiam ser colocadas de lado pelo magistrado.

Cialini conclui seu raciocínio sobre as dificuldades de se viver sobre os paradigmas do substancialismo e do procedimentalismo, de uma forma que pode responder às indagações de como a sociedade brasileira pode conviver com os ditames dos direitos sociais constitucionais e a participação judicial na gestão de políticas públicas:

uma teoria constitucional para países periféricos não poderá se filiar integralmente a uma postura substancialista que, por estar embasada no critério da igualdade, se afirmará não sem riscos às liberdades constitucionais. De modo inverso, não poderá ainda se fundamentar em critérios puramente procedimentais, sob pena de, em nome da liberdade, fazer ruir a crença na possível efetividade dos direitos sociais.

A manutenção da frágil equação do equilíbrio entre autonomia e bem-estar deverá, assim, apostar em uma fundamentação agonisticamente respaldada nessas duas vertentes, sem necessariamente se perfilar a qualquer uma delas. (CIARLINI, 2013, p. 67-68).

Se faria necessária uma terceira vertente, que busque na postura substancialista o que melhor se adaptar à nossa realidade e na postura procedimentalista o que melhor complementar a nossa necessidade. Desta fusão, pode-se ter a manutenção dos direitos sociais, limitados pela racionalização dos recursos, sem o prejuízo da descontinuidade dos demais direitos ofertados pelas políticas públicas estatais. Em vez de criticar e substituir a participação dos Poderes Executivo e Legislativo, completar com a participação do Poder Judiciário, para uma melhor gestão dos recursos essenciais à concretude do direito à saúde e à vida. Esta postura vai de encontro com as críticas de Dworkin, citadas por Cialini, de que

“a discricção judicial daria azo a uma forma de criação de direito antidemocrática e injusta”, posto que juízes não são eleitos, não tem representatividade pelo voto. Dworkin defende a atuação judicial para as questões de “feição fraca”, que são “aquelas hipóteses em que a decisão verse sobre situações jurídicas intrincadas, a demandar um raciocínio jurídico complexo, no sentido de buscar uma resposta jurisdicional correta”. (CIARLINI, 2013, p. 107-109). Mas a questão da oferta de direitos sociais por parte do Estado tem uma complexidade elevada e outras questões se apresentam a cada ponto ultrapassado. Ciarlini analisa em sua obra a visão pragmática de Dworkin sobre:

a distribuição dos recursos públicos necessários para garantir o mínimo essencial de atendimento à saúde, principalmente para as camadas sociais economicamente menos privilegiadas, diante de um consenso social sobre os critérios que legitimem a utilização de recursos financeiros que viabilizem esses tratamentos. (CIARLINI, 2013, p. 177-178).

O problema levado à discussão por Dworkin é tão complexo que abarca de uma só vez a análise dos princípios da igualdade, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e razoabilidade. Ciarlini explica que a problematização levada a efeito por Dworkin, pode ser sintetizada a partir de suas indagações: Quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos? Como decidir qual o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?. (CIARLINI, 2013, p. 177-178). Uma questão é a disponibilização dos direitos sociais fundamentais constitucionais à sociedade, outra muito mais complexa é definir o nível de oferta e o alcance desta oferta. Quais os critérios a serem utilizados para se definir o mínimo de direito que uma pessoa deve ter acesso e o máximo suportável pelas finanças do Estado. Não é à toa que esta questão tenha preocupado grandes pensadores. Para Ciarlini:

a pergunta formulada por Dworkin sobre os critérios que possam orientar uma tomada de decisão dentro de critérios racionais, é sobre quanto deve ser gasto coletivamente para que sejam propiciados serviços de saúde em uma sociedade, com a preservação do ideal de igualdade. Suas ponderações críticas acerca do **princípio do resgaste**, amplamente adotado nas decisões judiciais brasileiras sobre esse tema, levam em conta que o senso comum dos juristas, hoje reinante, trilha o caminho da teoria da igualdade de bem-estar, apostando no restabelecimento da saúde das pessoas, independentemente do custo das necessárias terapias para tanto. Para Dworkin, tal sistema é irracional, pois, à vista de seu alto custo, acabará por inviabilizar investimentos em outras áreas socialmente importantes. A solução vislumbrada por Dworkin tem em conta,

então, a aplicação de um mecanismo entendido como “**seguro hipotético**”, afirmado na premissa de que uma dada sociedade deve gastar com saúde somente o que as pessoas de prudência normal o fariam diante do próprio mercado de seguros de saúde. (CIARLINI, 2013, p. 177-178, grifo nosso).

Posto que já se faz possível compreender importantes questões sobre os paradigmas do substancialismo e procedimentalismo que embasam a atuação judicial nas demandas que versem sobre direitos sociais, pode-se iniciar o estudo dos princípios que justificam estes direitos.

5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, cita-se Comparato, que entende que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resultaria também do fato de que, por sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, que “todo o homem tem dignidade e não um preço, como as coisas”. (1999, p. 20). A questão é filosófica, mas elucida o modo como se deve entender esse princípio, como o mais importante princípio constitucional, quando se analisa políticas públicas.

Segundo Sarlet, podemos conceituar juridicamente a dignidade da pessoa humana, da seguinte maneira:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (2001, p. 60).

Mas nem todos os doutrinadores entendem o princípio da mesma forma,. Embora todos lhe atribuam elevado valor. Para Luis Barroso, a dignidade da pessoa humana:

é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. (2000, p. 296).

Entende Guerra, que a dignidade da pessoa humana “ganha destaque, não obstante esta se merecer como um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, assim como sua natureza necessariamente polissêmica”. Prossegue o autor afirmando que:

os princípios transmitem a idéia de condão do núcleo do próprio ordenamento jurídico. Como vigas mestras de um dado sistema, funcionam como bússolas para as normas jurídicas, de modo que, se estas apresentarem preceitos que se desviam do rumo

indicado, imediatamente esses seus preceitos tornar-se-ão inválidos. Assim, consiste em disposições fundamentais que se irradiam sobre as normas jurídicas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para uma exata compreensão. A irradiação do seu núcleo ocorre por força da abstração e alcança todas as demais normas jurídicas, moldando-as conforme as suas diretrizes de comando. **A dignidade da pessoa humana se encontraria no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para o Direito.** O legislador constituinte elevou à categoria de princípio fundamental da República, a dignidade da pessoa humana (um dos pilares estruturais fundamentais da organização do Estado brasileiro), previsto no art. 1, inciso III da Constituição de 1988. O princípio da dignidade humana impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana. **É imposição que recai sobre o Estado de o respeitar, o proteger e promover as condições que viabilizem a vida com dignidade** (2006, p. 379-397, grifo nosso).

Ainda sobre o importante princípio da dignidade da pessoa humana, que sustenta grande parte das decisões favoráveis, em que o Judiciário intervêm como garantidor da efetividade na implementação de políticas públicas e que se apresenta como princípio mais importante para a análise das demandas judiciais, sob o ponto de vista da maioria da doutrina, Elmo José Duarte de Almeida Junior diz que:

A dignidade da pessoa humana constitui elemento basilar de qualquer instrumento jurídico democrático, fundindo-se com os próprios conceitos de liberdade e igualdade que embasaram o surgimento dos direitos fundamentais. **Sem a garantia e a implementação da dignidade humana, não há que se falar em liberdade e igualdade. Por outro lado, também não existem liberdade e igualdade efetivas quando não se observa o mínimo necessário para a garantia da dignidade humana [...]** A Constituição Federal de 1988, logo em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Esse dispositivo revela claramente que **o Constituinte Originário colocou o Ser Humano como objetivo central de todo o ordenamento constitucional, fundamentando e orientando todo o sistema, de forma que ele esteja totalmente voltado para a sua efetiva proteção** [...] É justamente inserida nessa dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana que se encontra a noção do mínimo existencial a ser resguardado pelos direitos sociais de prestação. **A preocupação com o mínimo existencial exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família.** Nesse aspecto, **o mínimo existencial vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito. No caso específico do ordenamento jurídico-**

constitucional pátrio, onde a efetivação dos direitos sociais de prestação é condicionada e limitada pela reserva do possível, a garantia do mínimo existencial, como corolário do conceito de dignidade humana, acaba por construir um limite à própria efetivação de outros direitos fundamentais. Ou seja, partindo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, outros direitos de caráter fundamental podem ser restringidos em prol da dignidade humana. (2007, p. 1, grifo nosso).

Para Ana Paula de Barcellos, citada por Kazuo Watanabe:

o princípio da dignidade da pessoa humana, que assegura, em termos gerais, que todas as pessoas tenham uma vida digna, embora seja de efeito um tanto indeterminado, tem um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. Somente ao mínimo existencial reconhece a modalidade de eficácia jurídica positiva ou simétrica, vale dizer, somente as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, ao passo que ao restante dos efeitos pretendidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana são reconhecidas apenas as modalidades de eficácia negativa, interpretativa e vedativa do retrocesso, como preservação ao pluralismo e do debate democrático. (2011, p. 217).

Conclui-se, deste modo, que o princípio da dignidade da pessoa humana, como garantia do mínimo existencial de uma vida digna, pode ser considerado um dos mais relevantes fundamentos do Estado brasileiro. Mesmo que a crítica de Luis Barroso seja verdadeira, de que o princípio embora de supra importância no arcabouço constitucional seja “uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica”, não é difícil de identificar que uma determinada pessoa esteja tendo sua dignidade confrontada e por isto deva ter a proteção do Estado, como por exemplo, no caso de trabalho escravo. Não é necessário ter sido sujeito passivo deste tipo de agressão e violência para compreender o significado mais íntimo deste princípio, basta somente saber que ele foi violado, posto que a situação caracteriza um tratamento não esperado para um ser humano. E se foi violado, esta violação deve ser afastada pelo poder coercitivo do Estado, porque é para isto que foi firmado o contrato social e o indivíduo abriu mão de parcela de sua individualidade. Este princípio quando

violado gera mal estar para quem analisa o ato, portanto embora de difícil definição é de fácil compreensão. (2000, p. 296).

Esse importante princípio está descrito na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da seguinte forma:

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948

...

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, ...

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, ...

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (ONU, 1948, grifo nosso).

6 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

No tocante à conceituação do princípio do mínimo existencial, importante princípio que em conjunto com o princípio da dignidade humana permeia as discussões da doutrina e jurisprudência analisada neste trabalho, citam-se alguns doutrinadores que se detiveram no intuito de conceituá-lo e também analisar suas relações com o princípio da dignidade humana e da reserva do possível, que será estudado adiante. Para Guerra, as formulações em torno do mínimo existencial expressam que:

este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede a agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. **A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado.** Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito. **Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo.** Caso seja vencida esta etapa, ainda assim perdurará a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade ou interesse social ou econômico tutelados pelo direito. Quando um determinado direito social é reconhecido a certas pessoas ou grupos em uma determinada medida, fica a dúvida sobre a possibilidade de estabelecer juízos de comparação entre a situação dos beneficiários, controlando a legalidade e razoabilidade do fator de diferenciação utilizado pelo Estado ao prover, garantir ou promover seletivamente os interesses tutelados pelo direito. **A questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias como a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial,** dentre outros. (2006, p. 379-397, grifo nosso).

Prossegue o autor, afirmando que:

Toda essa discussão tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recursos e traz à tona a indignação se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, podem ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não? **Como compaginar objetivos diversos cujo cumprimento simultâneo resulta problemático?** Ainda supondo que um direito pudesse ser garantido plenamente, não iria isto muitas vezes em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso, como arbitrar entre eles? Trata-se do problema da escassez entendida como incapacidade de satisfazer objetivos múltiplos sob restrições. **Este problema existe realmente?**

Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares? (GUERRA, 2006, p. 379-397, grifo nosso).

Ingo Wolfgang Sarlet, em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, buscou apontar para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência em qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito a previdência social e do direito a saúde. (2001, p. 60).

O mínimo existencial também foi objeto de análise de Ana Paula de Barcellos, que o identifica como “o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana”. (2008, p. 111-147). Guerra menciona a experiência “ainda em construção na jurisprudência em relação ao mínimo existencial no aspecto prestacional”.

A garantia do mínimo existencial, que obriga o Estado a prestações que criem condições materiais mínimas para uma vida digna dos seus cidadãos, está fundada no princípio da dignidade humana, pois ela não estaria garantida apenas na proteção das liberdades individuais, mas precisaria também ser protegida por um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade humana ficaria sacrificada; no direito à vida e à integridade física, que não é apenas a proibição de sua violação, mas pressupõe uma postura ativa na sua proteção e; no direito geral de liberdade, já que a qualidade de pessoa autônoma e responsável não prescinde da garantia de condições mínimas de existência. Não se poderia quantificar o mínimo existencial de uma forma única e definitiva, pois ele varia conforme “lugar; tempo; padrão socioeconômico vigente; esfera econômica e financeira; expectativas; e necessidades”. Faz-se ressalva de que, “o mínimo existencial não se limita a garantir a simples sobrevivência física, pois isso significaria uma vida sem alternativas, o que não promoveria a dignidade humana”. Deve-se garantir “uma existência digna, que garanta a fruição de todos os direitos fundamentais, o que pode incluir um mínimo existencial sociocultural”. Dado que o mínimo existencial não possui uma quantificação única e definitiva, “como se determinar o padrão existencial mínimo dentro de uma dada sociedade em um determinado momento?” Entende-se que “cabe ao legislador a função de

dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição etc.”, mas que caberia aos tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. A liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que “o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”. (WANG, 2009, p. 308-318).

Concluindo a análise do que entende como mínimo existencial, com o intuito de compreender o seu importante princípio constitucional, que está intimamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da razoabilidade e reserva do possível, bem como, ligado a toda a discussão sobre implementação e efetividade de políticas públicas na área de saúde, cita-se Torres, Grinover e Watanabe. Para Torres, o mínimo existencial:

é pré-constitucional, como uma espécie de direito natural, e que, portanto, antecede o Estado constitucionalmente instituído e conseqüentemente também o legislador. Mesmo em se aceitando esta tese existe o problema de decidir quem vai dizer o que é esse mínimo existencial e de onde buscar as referências para ele, além das normas legais. **Que poder, seja o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário e de que maneira é capaz de captar o conteúdo desse mínimo existencial para em um caso concreto afirmar que outro poder errou na sua avaliação?**. (2008, p. 358, grifo nosso).

Segundo Grinover, o que se entende por mínimo existencial é que:

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF), e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central ou núcleo duro, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. [...] O mínimo existencial é considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado: A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (2011, p. 132, grifo nosso).

Prossegue a autora, afirmando que, pode-se incluir no leque de direitos do mínimo existencial:

o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça. É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou

implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa. **O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.** (2011, p.132-133, grifo nosso).

Finalizando a análise do princípio, Watanabe, explica que o grau de essencialidade de um direito está ligado:

[...] ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa humana. Quão mais necessário for o bem para a manutenção de uma existência digna, maior será seu grau de essencialidade. [...] quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida. [...] caberá ao aplicador ponderar essas duas variáveis, de modo que se a essencialidade for maior que a excepcionalidade, a prestação deve ser entregue, caso contrário, a escolha estatal será legítima. [...] A adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível. [...] o conceito do mínimo existencial, é dinâmico e evolutivo, varia histórica e geograficamente, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, de sorte que, dependendo das condições socioeconômicas do país, direitos fundamentais sociais que não são judicializáveis na atualidade poderão vir a sê-lo no futuro, imediato ou mediato [...] a cláusula da reserva do possível não é tutela jurisdicional do mínimo existencial. (2011, p. 217-218).

Na esteira das definições dos importantes doutrinadores anteriormente citados, faz-se necessário trazer a questão estudada por Ciarlini e Dworkin já apresentada quando do estudo dos paradigmas substancialistas e procedimentais. Trata-se da indagação de “quanta assistência médica uma sociedade razoável deve tornar acessível a todos e como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham”. Quer dizer, qual o mínimo do mínimo existencial deve ser objeto de garantia por parte do Estado, se é que se pode partir este núcleo sem prejudicá-lo na sua essência. Em um mundo comandado por um capitalismo agressivo, um discurso de mitigação de direitos quase sempre é recebido com fortes críticas e nenhuma cautela. Mas deve-se analisar que a Constituição Federal de 1988 foi construída em um cenário de resgate histórico de agressões a direitos fundamentais e nada mais

normal que aquela sociedade almejasse conquistar todos os direitos de uma só vez e no nível mais adequado possível. Mas como custear todos estes direitos? Esta é a questão que atualmente se apresenta. Será que estes direitos para serem ofertados na sua totalidade numérica não precisam ser proporcionalizados à disponibilidade financeira. O problema é que quando se discute o princípio do mínimo existencial se faz com um pensamento de primeiro mundo e nosso orçamento possui características mistas, de países como a Suécia e a Índia, comportando recursos ainda escassos para áreas sociais, como saúde e educação, ao mesmo tempo que destina recursos elevados para construções de estádios de futebol, incentivos fiscais a empresas privadas monopolistas, dentre outros. Pretender discutir a escasses de recursos em um orçamento moralmente desequilibrado é tarefa árdua, quase impossível. Do mesmo modo que é árduo discutir redução de direitos em uma sociedade com problemas de conquistas históricas e direitos sociais e fundamentais que tem características de direitos programáticos de implementação total ainda incerta, depois de quase 26 anos de promulgação constitucional.

Concluindo o estudo deste importante princípio, a garantia do mínimo existencial estaria assim ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, contido no inciso III, art. 1º, CF/1988, que reconhece direitos e garantias de merecimento do ser humano, detentor de direitos civis, como, vida, igualdade, liberdade; direitos sociais, como o direito ao trabalho, educação, saúde e lazer; e direitos políticos, como o de votar e ser votado. (BRASIL, 1988).

7 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Quanto ao princípio da razoabilidade, esse vem pautar as escolhas públicas para que o administrador atue com proporcionalidade na alocação dos recursos públicos. O razoável e proporcional seria o justo. Os doutrinadores não divergem sobre este princípio, que tem uma função de tábua de medição, de parâmetro. O que é razoável e proporcional é identificado como correto. Aquilo que ultrapassa a idéia de razoável foge do senso comum, do almejado, posto que gera um desequilíbrio, fazendo faltar em uma das partes da balança.

Segundo Grinover:

A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. **O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.** (2011, p. 133, grifo nosso).

Para José Joaquim Gomes Canotilho:

o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a idéia de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhältnismässigkeit) importando na justa medida entre os meios e o fim. (CANOTILHO apud GRINOVER, p. 133).

Afirma Paulo Bonavides, que:

Em sentido amplo, entende Muller que o princípio da proporcionalidade é regra fundamental a quem devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder. Numa dimensão menos larga, o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo. Nesta última acepção, entende Muller que **há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta.** (BONAVIDES apud GRINOVER, p. 134, grifo nosso).

Lembra Caio Tácito que no direito alemão se confere ao princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, “a natureza de norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de

modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais”. (TÁCITO apud GRINOVER, p. 135).

Para João Batista Lopes:

Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão [...] Não se cuida, advirta-se, de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico. (LOPES apud GRINOVER, p. 136, grifo nosso).

Segundo nos ensina Ada Pellegrini Grinover:

com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada. (2011, p. 137).

Conclui Grinover em seu trabalho que a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer “em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo Poder Público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade”. (2011, p. 138).

O princípio da razoabilidade está ligada ao justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados e se subdivide em: conformidade ou adequação de meios, que corresponde à compatibilidade entre medida adotada pela Administração e fim justificador de sua adoção, a motivação de seus atos; a necessidade de menor ingerência possível, com uso dos meios menos onerosos; e a proporcionalidade, que é a mensuração das vantagens do fim em relação às desvantagens dos meios. Concluindo a análise do princípio da razoabilidade e proporcionalidade e sua importância para o equilíbrio do exercício dos direitos fundamentais, em especial na área de saúde e melhor compreensão dos princípios da dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, separação dos poderes e reserva do possível, Canela Junior ensina que:

[...] o princípio da razoabilidade/proporcionalidade, na ciência processual, instrumentaliza a intervenção do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas, sempre que os direitos fundamentais –

e, por consequência, os objetivos do Estado – forem alvo de violação pelas demais formas de expressão do poder estatal. Nesse sentido, **o princípio da proporcionalidade é o catalisador das soluções possíveis a serem aplicados pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais.** Sem esse instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal. [...] a correta aplicação do princípio da proporcionalidade, no processo de índole coletiva destinado à efetivação dos direitos fundamentais sociais, exige a análise de uma das características mais importantes desses direitos: a sua essencialidade. **Todos os direitos fundamentais são essenciais, não importando a geração na qual sejam doutrinariamente catalogados. Todos fazem parte da condição humana, de forma que não podem dela ser desvinculados. Por outro lado, é a reunião de todos os direitos fundamentais que compõem a dignidade do ser humano.** Não se pode falar, portanto, de escolhas proporcionais em matéria de concessão judicial de direitos fundamentais. Desde que assegurados pela Constituição Federal, os direitos fundamentais formam uma integralidade que define a dignidade humana. A proteção do Estado, portanto, deve recair sobre a totalidade desses direitos. Não cabe ao Estado optar sobre a concessão alternativa do direito à educação ou do direito à saúde, exemplificativamente. Tal escolha representaria a admissão de que os direitos humanos podem ser arbitrariamente suprimidos pelo estado, opção frontalmente contrária à democracia e alinhada com a ideologia totalitária. (2011, p. 88-89, grifo nosso).

8 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Este princípio vem ganhando maior importância à medida em que a atuação judicial ganha crescimento exponencial em políticas públicas de direitos sociais, obrigando ao Estado rever seus conceitos, suas práticas e as relações entre os Poderes. Ele é bastante estudado e analisado quando da apresentação dos paradigmas do substancialismo e procedimentalismo, posto que a defesa destas posições antagônicas no cenário judicial afasta ou privilegia a aceitação do princípio da reserva do possível como limitador da eficácia dos direitos sociais em vista de escasses de recursos.

Quanto à reserva do possível, Wang nos informa que:

os direitos sociais, mas não só eles, pressupõem marcadamente uma obrigação positiva – prestações estatais – ou seja, implicam custos para serem efetivados, o que faz com que tenham uma dimensão economicamente relevante. Portanto, **os direitos sociais possuem um limite fático a sua efetivação, que está na real existência de meios por parte dos cofres públicos do Estado para cumprir com suas obrigações.** Além desse limite fático, existe também limitação, quanto à possibilidade jurídica do Estado de dispor desses recursos quando existentes. Essas duas limitações formam a chamada reserva do possível. (2009, p. 308-318, grifo nosso).

A partir desses elementos, o autor apresenta uma dimensão tríplice da reserva do possível, que estaria baseada na existência de recursos para efetivação dos direitos fundamentais, bem como de disponibilidade jurídica de dispor desses recursos, em função da distribuição de receitas e competências, federativas, orçamentárias, tributárias, administrativas e legislativas (questões inerentes ao processo orçamentário e legislativo) e de razoabilidade daquilo que está sendo pedido, isto é, o pedido não poderia ser descabido ou desproporcional. (2009, p. 308-318). Desta forma, a reserva do possível não impediria o Poder Judiciário de zelar pela efetivação dos direitos sociais, mas deveria fazê-lo com cautela e responsabilidade, consciente do problema da escassez de recursos. Mas alerta o autor, que a reserva do possível muitas vezes é inaceitavelmente usada como desculpa genérica para não intervenção do Judiciário em matéria de direitos sociais e que caberia ao poder público o ônus de provar a falta efetiva de recursos e que cumpre sua obrigação de aplicá-lo eficientemente. Conclui o autor, afirmando que a inafastabilidade do controle jurisdicional previsto na Constituição Federal dá aos juízes poder para tutelar qualquer lesão ou ameaça a direito, ainda que decorrentes

de políticas públicas ou e principalmente, da falta delas, sem ignorar a necessidade de uma prudente e responsável autolimitação funcional por parte dos magistrados, tudo isso no com respeito à independência de juízo do Magistrado. (2009, p. 308-318).

Para Wang, a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial está no fato de que:

a reserva do possível deve ser relativizada quando se está no campo do mínimo existencial, uma vez que este cria direitos subjetivos a prestações, bem como deve ser priorizado nas destinações orçamentárias. Quando o mínimo existencial estiver em causa, tem-se um direito subjetivo a prestações que são plenamente exigíveis pela via jurisdicional, devendo prevalecer a vida e a dignidade da pessoa sobre objeções quanto à reserva do possível. (2009, p. 308-318, grifo nosso).

No caso das demandas judiciais sobre direito à saúde, para que seja compatível com a reserva do possível, o mínimo existencial configurar-se-ia pela “comprovação em cada caso da necessidade do que se está pedindo, da inexistência de tratamentos alternativos eficientes e da impossibilidade do pleiteante de prover com recursos próprios sua saúde pessoal”. Parte-se da interpretação de que “os princípios da universalidade e integralidade do sistema de saúde não significam a gratuidade das prestações materiais para todas as pessoas e em qualquer situação”. (2009, p. 308-318). Conclui o autor afirmando que, “[...] **levar a sério a reserva do possível não pode obstaculizar a plena eficácia do mínimo existencial, cuja proteção deve ocorrer inclusive jurisdicionalmente**”. (2009, p. 308-318). As afirmações de Wang indicam que este se pauta pelo paradigma substancialista, onde há a supremacia dos direitos e da lei frente aos limites financeiros.

Sobre o princípio da reserva do possível, o Ministro Celso de Mello pontifica:

não ser lícito ao Poder Executivo, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira ou político-administrativa, criar obstáculo artificial, que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (ADPF 45 MC-DF).

Ciarlini já afirmou que a jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de garantia dos direitos constitucionais garantidores do direito à saúde e à

vida, tendo aplicabilidade imediata, se compatibilizando com o princípio da dignidade humana. (CIARLINI, 2013, p. 39).

Para Wang em resenha sobre “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde”, obra do importante autor Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 308-318), pode-se extrair alguns importantes pontos sobre a atuação do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, tais como:

- as implicações das decisões envolvendo direitos sociais provavelmente afetarão diretamente um número muito maior de pessoas;
- os direitos sociais são realizados por meio de fundo público sustentado por toda a coletividade, mas usufruíveis por alguns, o que cria necessidade de discussão dos critérios de justiça para permitir ou negar o acesso de alguém ao financiamento público para concretização desses direitos, ou seja, é um debate em torno da justiça distributiva.

Compreendeu Wang em sua resenha (2009, p. 308-318), que os efeitos de uma decisão que concede um direito social para um demandante não se limitam ao Estado que deve gastar um montante de dinheiro e ao cidadão que receberá um determinado bem ou serviço, mas eles se estendem aos outros membros da coletividade que, dada a realidade da escassez de recursos, poderão deixar de ter algumas de suas necessidades atendidas pelo poder público em razão da escolha alocativa determinada judicialmente ter favorecido aquele que impetrou a ação. Cabe ressaltar também que, em matéria de direito sociais, a lógica de decisão de tudo ou nada parece não ser a ideal. Questões envolvendo justiça distributiva e políticas públicas, pelas suas características já citadas, talvez devessem ser resolvidas por meio do diálogo, acordos, compromissos e metas. Este é um importante ponto, posto que é característica do processo democrático a discussão e a escolha do modo de se aplicar os recursos públicos disponíveis e deste diálogo público deverá sair uma tomada de decisão, que deve ser entendida como a vontade coletiva, que determinará quais interesses atender e quais adiar.

Esta também parece ser a posição de Ciarlini e Dworkin, quando este apresenta a premissa de que a sociedade não deve gastar mais com benefícios sociais do que deveria, obtendo critérios justos e realistas para a distribuição de recursos para a saúde. (CIARLINI, 2013, p. 177-179).

Quanto à análise da reserva do possível, segundo entendimento de Grinover:

A implementação de uma política depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira – a chamada reserva do possível. E a justificativa mais usual da administração para a omissão reside exatamente no argumento de que inexistem verbas para implementá-la. (2011, p. 138).

Para Canela Junior, no tocante à reserva do possível, o orçamento deve ser visto “como o patrimônio do Estado e sua destinação prioritária é o atendimento dos direitos fundamentais sociais, cabendo ao provimento jurisdicional proceder ao ajuste do orçamento para a realização dos direitos fundamentais sociais”. (2011, p. 88-89).

No tocante à possibilidade de se alegar o princípio da reserva do possível, como modo do Estado de afastar de uma obrigação de fazer frente à demanda de prestação de políticas públicas que refletem em direitos fundamentais, sob o argumento de proteção do equilíbrio orçamentário, Canela Junior tem o seguinte posicionamento:

Estabelecida a necessidade imediata de atendimento dos direitos fundamentais – mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade -, o provimento jurisdicional interferirá no patrimônio estatal, atuando diretamente sobre o orçamento. Na análise dos bens jurídicos envolvidos, prestigiará o julgador os supremos valores consignados na Constituição, fazendo prevalecer o direito fundamental violado em detrimento da pretensa estabilidade orçamentária do Estado. (2011, p. 88-89, grifo nosso).

Segundo Nilva M. Leonardi Antonio, citando Dirley da Cunha Junior:

[...] não podemos concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, **encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da reserva do possível, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida, etc.), onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo.** (2011, p. 203-204, grifo nosso).

Arenhart citado por Antonio, aborda o princípio da reserva do possível da seguinte forma:

[...] obstáculo comumente apontado para inibir o Poder Judiciário de controlar políticas públicas é a chamada reserva de cofres públicos ou reserva do possível. [...] **a reserva do possível, inquestionavelmente, constitui limite à atuação judicial.** De fato, pouco resolve o magistrado impor ao Estado determinada prestação fática, quando este puder escudar-se com a afirmativa

de carecer de recursos materiais para cumprir a determinação judicial. (2011, p. 205, grifo nosso).

O Poder Judiciário em diversas ocasiões teve oportunidade de expressar sua opinião sobre a possibilidade de alegação da reserva do possível pela administração:

APELAÇÃO CÍVEL N. 244.478-5/9-00

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo e Prefeitura Municipal de Ribeirão Preto. Apelado: Ministério Público Estadual.

[...] entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (2011, p. 207, grifo nosso).

APELAÇÃO CÍVEL N. 244.964-5/9-00

Apelante: Fazenda do Estado de São Paulo. Apelado: Ministério Público Estadual.

[...] A obra é de pequena monta, a sua repercussão financeira é mínima, enquanto que (sic) o direito humano protegido é imensurável. (2011, p. 207, grifo nosso).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido da inadmissibilidade de invocação da cláusula da reserva do possível nos processos em que esteja em jogo o mínimo existencial (prevalecescência do paradigma substancialista em detrimento do procedimentalismo e de uma terceira vertente mista conciliadora de ambos os interesses) (RE n. 482.611, Santa Catarina, Rel. Min. Celso de Mello). No mesmo sentido estaria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “consoante se extrai do acórdão do Recurso Especial n. 1.185.474 – SC, relatado pelo eminente Min. Humberto Martins: [...] a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial” (RE n. 1.185.474, Santa Catarina, SC (2010/0048628-4)).

Segundo Jacob, a reserva do possível no Brasil, em pesquisa na doutrina e jurisprudência, encontra três posições básicas:

1. defensores do argumento, seja qual for o direito discutido, velando pelo cumprimento rigoroso dos orçamentos;

2. os que não aceitam tal alegação em hipótese alguma, por entenderem se tratar de questão de menor importância diante da realização dos direitos humanos e,

3. quem aceite o argumento com reservas, nos casos em que, por um exercício de ponderação de valores, o direito pleiteado não deva se sobrepor à necessidade de previsão orçamentária da despesa decorrente da sua concessão. (2011, p. 250).

Afirma o autor que todo direito tem um custo e que, desde o início dos tempos, uma das grandes preocupações da humanidade sempre foi o manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades. Por isso, o autor não concorda com os que entendem que se deva defender os direitos sociais a todo custo, sempre em nome do respeito à dignidade humana. Prossegue em seu raciocínio, demonstrando que a reserva do possível pode ser analisada sob dois prismas: um que analisa os fatos, se existem recursos orçamentários para atender a demanda. Deste modo não existiria direito se não existissem recursos para suportá-lo. O outro prisma analisa o aspecto jurídico da demanda e sua impossibilidade jurídica, baseada na falta de previsão orçamentária, para o dispêndio. O Estado teria optado por alocar recursos para atender outras demandas de outros direitos. Caberia ao Administrador provar a impossibilidade de atendimento da demanda pelo direito social. Alerta, que:

uma visão distorcida do princípio da reserva do possível levaria à inaceitável conclusão de que o Estado é obrigado a dar a cada um, de maneira isolada, tudo quanto previsto na Constituição Federal em termos de direitos fundamentais. Assim cogitando, estar-se aplicando o direito de forma abstrata, apenas repetindo, no processo, o quanto dito na Constituição ou na lei. Além disso, pura e simplesmente aceitar a premissa de que há direitos assegurados de maneira ilimitada a todos, considerado custarem dinheiro, implicaria, de reverso, aceitar um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais do contribuinte. (JACOB, 2011, p. 253-254).

Aqui cabe uma crítica na visão do autor, uma vez que se os direitos fundamentais contidos na Constituição Federal não são uma garantia de prestação por parte do Estado ao contribuinte, então eles seriam normas programáticas, incluindo o direito à vida, posto que este direito fundamental, normalmente entendido como o mais fundamental dentre os demais direitos fundamentais, seria limitado em função de escolhas públicas de alocação de recursos. Será que o correto não seria limitar a reserva do possível à existência do último centavo orçamentário alocado em

demandas não fundamentais, classificadas como discricionárias? Até mesmo se poderia discutir a possibilidade de alcance de captura de recursos orçamentários para atendimento emergencial de demandas sociais, para efetivação do direito à vida, uma vez que sem o exercício deste direito, o cidadão não necessitaria de nenhum outro. De que forma se poderia calcular o custo orçamentário limitador do atendimento das demandas sociais, para efetivação de políticas públicas que garantam o pleno exercício dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal? Não seria um pensamento por demais utilitarista, querer taxar o incalculável. Qual seria o parâmetro para se medir o limite de atendimento de demandas sociais? Seria o orçamento com saldo zero? Como se procederia à realocação de recursos de forma emergencial e mesmo na fase de planejamento para atender plenamente as necessidades sociais da população carente de direitos? É provável que alguns entendam que existem limites orçamentários e jurídicos para efetivação de políticas públicas que garantam o exercício de direitos fundamentais e que a sociedade não está disposta a despende milhões de reais para manutenção de uma vida. Caberá ao Poder Judiciário a análise da demanda sob os dois prismas da reserva do possível e encontrar o ponto de equilíbrio, entre o orçamento e a vida, o orçamento e a dignidade humana, o orçamento e o mínimo existencial. Mas compreende-se que a afirmação de Jacob se fundamenta no paradigma procedimentalista e está em sintonia com as críticas de Dworkin ao paradigma substancialista, anteriormente apresentadas quando do estudo dos paradigmas.

Sobre a interação do orçamento e da reserva do possível, Jacob entende que:

é possível inferir que não se pode falar em reserva do possível sem, necessariamente, lembrar os orçamentos públicos. Há uma relação inseparável entre as possibilidades jurídicas e fáticas (econômicas) do Estado e as regras orçamentárias, de modo que, para se tentar comprovar se determinada prestação é ou não possível, será imprescindível voltar os olhos para as leis orçamentárias. (2011, p. 254-255).

Para o autor, no Supremo Tribunal Federal, a reserva do possível obriga condicionantes à concretização de direitos sociais de segunda geração, de implementação onerosa. Estas condicionantes seriam a razoabilidade da pretensão e existência de disponibilidade financeira do Estado, sendo que ambos os componentes devem estar presentes. (2011, p. 254-255).

Merece destaque extrato de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, citado por Éder Ferreira, onde a reserva do possível é assim definida e afastada na análise da demanda judicial em tela:

[A reserva do possível,] argumento tão ao gosto dos burocratas de que o reconhecimento desse direito essencial ao cidadão do acesso à saúde pode implicar em comprometimento de outras políticas públicas de saúde não prevalece. Basta que se proceda a uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública. Que não se socorra com dinheiro público grandes conglomerados econômicos, que não se venda dólares a preços subsidiados a banqueiros falidos, em afronta ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa. Que se faça enfim, a devida aplicação da contribuição tributária [...] destinada aos programas de saúde pública. (2011, p. 344, grifo nosso).

O julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, exige uma análise da questão do princípio da reserva do possível e dos demais princípios aqui trazidos a estudo, sempre tendo como foco o tema políticas públicas. Se questão da judicialização da política pública for vista sob dois ângulos, reserva do possível e direito fundamental à vida e à saúde, de forma nenhuma poderá existir um resultado analítico da questão, que leve ao não atendimento da demanda pelo direito fundamental, muito menos que leve à perda da dignidade humana, que vem com a morte. Poder-se-ia discutir as diferentes formas de se alcançar o direito fundamental, nunca de não atendê-lo, posto que isto a Constituição Federal de 1988 não permite, seja sob alegação de ausência de recursos, seja por falta de estrutura administrativa ou escolha de prioridades. Uma opção de atendimento dos direitos sociais seria a adoção de um paradigma que traga aspectos substancialistas (importantes quando se está diante de uma demanda individual urgente, que coloque risco à saúde e à vida do indivíduo, sem tempo hábil para consultas mais complexas à sociedade organizada e busca de uma decisão erga omnes, que reflita em toda a coletividade, com ônus da decisão compartilhado pela sociedade) e aspectos procedimentalistas (que possam limitar os dispêndios e traga à tona a discussão dos mínimos de direitos sociais que devam ser objeto de oferta à coletividade, para que não haja prejuízo e descontinuidade de outras políticas públicas).

9 A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DE SAÚDE E O PROBLEMA DO IMPACTO ORÇAMENTÁRIO

Como foi visto na análise dos princípios que regem o tema e na doutrina pesquisada, a judicialização de políticas públicas é assunto complexo e tem encontrado grande espaço na mídia e na preocupação de estudiosos da Administração e Política Pública.

Segundo o CONASS (Conselho Nacional de Secretários de Saúde), “demandas judiciais por medicamentos excepcionais representam atualmente uma das questões mais preocupantes para os gestores estaduais”. (2004, p. 1-100).

A abordagem técnica e política do tema vem ganhando espaço na agenda pública. Estudos de caso trazem o problema e conclusões, que apontam alguns caminhos para tentar resolver o impacto orçamentário do processo de judicialização, principalmente nos entes estadual e municipal. Um destes estudos foi coordenado pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, que teve como título “Judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica: O caso do Distrito Federal”, de autoria de Luiz Carlos Romero, abordou vários temas de atuação judicial na aplicação das políticas públicas da área de saúde e suas consequências. Concluiu o estudo, que:

a nova política de saúde e a ampliação de seu financiamento não foram suficientes para a ampliação necessária do acesso ao medicamento, pelo menos no âmbito do SUS. Em decorrência, no início da década atual, observou-se o crescimento de um fenômeno que, se não era novo, ao menos não tinha a intensidade que tomou: a judicialização da política de assistência farmacêutica. **Uma onda de decisões judiciais determinando a dispensação de medicamentos passou a desorganizar o setor e as finanças públicas.** (2008, p. 44-48, grifo nosso).

O problema também foi observado pelo Tribunal de Contas da União, em outubro de 2004, em auditoria realizada em várias unidades federadas, entre junho e setembro de 2004, com o objetivo de avaliar o desempenho da Ação Assistência Farmacêutica para Aquisição e Distribuição de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. A Corte de Contas observou que:

Estados e o Ministério da Saúde tem enfrentado um crescente número de demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos excepcionais, especialmente no biênio 2003-2004, e que **esse tem sido um dos principais problemas da área, podendo mesmo vir a inviabilizá-la**, caso se mantenha o formato atual e não se reverta a situação. (2005, p. 1-38, grifo nosso).

Sobre as causas e consequências da judicialização na área de saúde, ainda não existem dados conclusivos. Algumas peças processuais indicam indícios de que este processo de expansão da judicialização de políticas públicas na área de saúde pode ter a ver com interesses comerciais privados de indústrias farmacêuticas que pretendem forçar o reconhecimento e a comercialização de determinado medicamento de alto custo ou aumentar base de consumo, mas também pode existir a atuação de organizações sem fins lucrativos que buscam colaborar com uma melhor efetivação das políticas públicas na área de saúde, como no caso dos hemofílicos, que são uma associação organizada. Segundo o estudo coordenado por Romero, as explicações para a judicialização da política pública de assistência farmacêutica dos últimos anos, não estão suficientemente esclarecidas, mas dois fatores estão associados na sua produção:

a insuficiência da assistência farmacêutica prestada tanto no âmbito do SUS, como nos dos planos de saúde e o crescimento do reconhecimento do direito a saúde e, no seu âmbito, ao acesso ao medicamento, por parte de segmentos cada vez maiores da nossa população. (2005, p. 48).

Ocorre que o processo de judicialização gera impacto orçamentário, posto que altera o planejamento originário do ente público, muitas vezes sem a necessária reestruturação da alocação de prioridades e limites orçamentários.

Sobre o problema do impacto orçamentário advindo de decisões judiciais, as causas e consequências do processo de judicialização de políticas públicas na área de saúde sobre os entes da federação, Municípios, Estados e União, é importante citar trabalho de Daniel Wei L.Wang, Natália Pires, Vanessa Elias de Oliveira e Fernanda Terrazas, intitulado “Os impactos da judicialização da saúde no orçamento público da saúde: o caso do Município de São Paulo”, onde os autores analisam o impacto orçamentário de decisões judiciais obrigando o poder público a fornecer medicamentos, insumos, equipamentos e cirurgias. O estudo teve como foco o Município de São Paulo, bem como a sua gestão orçamentária diante do planejamento da política de saúde. Os pressupostos do trabalho foram a constatação de que no Brasil se tem um elevado número de decisões judiciais obrigando o poder público a fornecer bens e serviços de saúde, fenômeno esse chamado de “judicialização da saúde”, sendo que

[...] o impacto dessas decisões nos orçamentos da União e de alguns Estados tem sido objeto de muitas pesquisas, mas pouco se conhece sobre como decisões judiciais obrigando o fornecimento de bens e serviços de saúde afetam os orçamentos dos municípios que, em regra, tendem a ter orçamentos menores que estados e União e, por isso, possuem menor capacidade para lidar com a imprevisibilidade advinda dos gastos em saúde ordenados judicialmente. Para realizar um estudo sobre a judicialização da saúde em nível municipal optamos por estudar o caso do Município de São Paulo. Essa escolha se deu, primeiramente, porque se trata do maior município do país, onde há um sistema público de saúde bem estruturado dotado de uma ampla rede de serviços. Em segundo lugar, porque existe uma boa organização de dados disponibilizados publicamente pelo próprio município, por meio das atas de registro de preço e junto ao diário oficial. (2012, p. 1-2).

Segundo dados do estudo, o Judiciário brasileiro “tende a desconsiderar o impacto orçamentário de uma decisão judicial que obriga o sistema de saúde a fornecer um determinado tratamento”. Na visão dos autores, a percepção é de que para os juízes, em geral, “questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão de gasto, não são razões suficientes para se denegar o pedido de um tratamento médico, dado que este encontra respaldo no direito à saúde assegurado pela Constituição Federal”. (2012, p. 1-2). Este entendimento está de acordo com o paradigma substancialista e reforça as conclusões de Ciarlini, de que os Tribunais Superiores se pautam por esta vertente. (CIARLINI, 2013, p. 39).

Dados da pesquisa indicam que a postura do Judiciário brasileiro “permitiu – e até incentivou – o impressionante aumento no número de ações pleiteando tratamentos médicos com base no direito constitucional à saúde”:

O gasto do Ministério da Saúde com medicamentos cuja provisão foi determinada por ordem judicial teria subido 5.000% em 5 anos, passando de R\$ 4,4 milhões em 2005 para aproximadamente R\$ 135,5 milhões em 2010. No mesmo período, o número de medicamentos fornecidos judicialmente pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo (SES-SP) subiu de 799 para 14.563, um crescimento de 1.722,65% em 5 anos. A estimativa mais recente do gasto da SES-SP com demandas judiciais calcula um gasto anual de cerca de R\$ 513 milhões. Em termos comparativos, este valor consistiria em 90% do gasto anual do SUS em diagnósticos em laboratórios clínicos no Estado de São Paulo.

Estes dados apontam de forma inequívoca dois fatos relevantes para os planejadores de políticas públicas e para a gestão do orçamento público: (1) existem cada vez mais ações contra o sistema público de saúde pedindo tratamentos médicos e (2) o impacto do Judiciário no orçamento público de saúde está longe de ser insignificante. (WANG et al, 2012, p. 2).

Segundo os autores , o trabalho é importante pela carência de dados sobre o impacto de ações judiciais nos entes municipais, posto que “A maioria dos dados sobre a judicialização da saúde refere-se às ações judiciais e gastos do Ministério da Saúde e dos Estados da federação”. (2012, p. 3).

Para os autores, o peso orçamentário das ações judiciais nos orçamentos municipais é relevante posto que os municípios, em geral, possuem um orçamento menor do que os estados e a União, “gerando uma menor capacidade municipal em lidar com a imprevisibilidade advinda dos gastos em saúde ordenados judicialmente”. Como exemplo:

[...] o ex-secretário de Saúde do Estado de São Paulo afirmou que a depender do tratamento ordenado e do tamanho do orçamento de um município, já houve casos em que, para o cumprimento de apenas uma decisão judicial, o orçamento municipal em saúde foi comprometido em 20% dos recursos previstos. (2012, p. 3).

Pesquisa das ações judiciais pedindo tratamentos e medicamentos na área de saúde foi realizada por Daniel Wei L.Wang, Natália Pires, Vanessa Elias de Oliveira e Fernanda Terrazas em 2009, com apoio institucional do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). Foram enviados questionários a todas as secretarias de saúde dos municípios brasileiros questionando-as sobre o impacto desta judicialização em seu orçamento:

No total, 1.276 municípios responderam o que representou 24% do universo. Quando perguntados se há um crescente número de demandas judiciais pleiteando serviços e produtos de saúde, 34% dos municípios responderam que sim e que isso é um problema importante; 23% responderam que há crescimento de demanda, embora este não seja (ainda) um problema importante e 46% afirmaram que não enfrentavam, até então, esse problema. Com estes resultados é possível afirmar que, dentro dessa relevante amostra, mais da metade dos municípios lidam frequentemente com ações judiciais demandando do poder público municipal tratamentos médicos e, ademais, um terço deles considera a judicialização da saúde um problema importante. Dentre aqueles municípios que consideram esse um problema importante, para a maioria essa é uma questão relativamente recente, mas que vem apresentando um crescimento exponencial. (2012, p. 3).

Um dado importante do estudo foi buscar contabilizar o impacto financeiro das ações judiciais que determinaram ao Município de São Paulo o fornecimento de medicamentos ou tratamentos específicos. A fonte de dados da pesquisa para a estimativa de gastos com a judicialização para o ano de 2011 teve

como parâmetros os dados disponibilizados pelo Município de São Paulo em seu sítio eletrônico e por meio do “Núcleo de Ação das Demandas Especiais” (DEMANDE) e publicações concernentes à compra de medicamentos e insumos sem licitação pela Secretaria Municipal de Saúde, constantes do Diário Oficial da Cidade de São Paulo, disponível para consulta online. (2012, p. 9-11). Os resultados trazidos pelos autores para o gasto estimado para 2011 com judicialização da saúde na Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo foi de aproximadamente R\$ 8,8 milhões. (2012, p. 9-11).

Diante dos efeitos do processo de judicialização de políticas públicas em saúde, o gestor paulista buscou meios de enfrentar os seus efeitos e foi buscar nas causas o seu remédio. É isso que se espera de um gestor em face à judicialização, que ele adote uma postura preventiva, de análise do problema, em vez de se escusar de compreender que a judicialização é um efeito de um problema muito maior, que é a falta de efetividade de uma política pública essencial à sociedade. Como já foi buscado pelo STF em diálogo Público com atores da área de saúde pública, como o Ministério da Saúde, Ministério Público, Câmaras Setoriais, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e sociedade organizada estudiosa da área de saúde pública, o gestor deve abrir o mesmo diálogo, como modo de melhor se aparelhar e obter dados suficientes que o levem a uma postura de equilíbrio financeiro frente às demandas judiciais. A coordenação destas ações deve partir do gestor dos recursos, dando visibilidade à ação e justificando as escolhas públicas de se alocar mais recursos em uma área em detrimento de outras. Se o processo de discussão for aberto à sociedade organizada representada por organizações sociais governamentais ou não, associações de portadores de doenças raras e de alto custo e associações de magistrados, quando das decisões judiciais que tragam uma obrigação de fazer o gestor terá subsídios para explicar sua conduta, ajustando a peça orçamentária dos anos subsequentes para melhor adequar os meios financeiros aos fins pretendidos de universalização do acesso à saúde e à vida. Para sentenças que tratem de elevados dispêndios em ações individuais o gestor terá justificativa para cancelar outras ações públicas não prioritárias, sem prejuízo para a imagem política do governo frente a sociedade, posto que a tomada de decisão se travará de forma aberta e coletiva.

Como forma de atuar proativamente enfrentando os problemas administrativos e orçamentários advindos com a crescente judicialização da área de

saúde, o Município de São Paulo criou o que os autores chamaram de “Respostas à imprevisibilidade – Criação do DEMANDE e Ata de Registro de Preço”:

Frente ao impacto da judicialização, a Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo tentou se precaver contra os impactos das decisões judiciais. Para tanto, criou em março de 2010 um órgão específico que centraliza hoje todas as ações judiciais contra a Secretaria que venham a solicitar o fornecimento de medicamentos, insumos e tratamentos médicos, o Núcleo de Ação das Demandas Especiais (“DEMANDE”), que realiza hoje licitações para aqueles produtos que ela espera ter que fornecer por ordem judicial. Os custos diminuem uma vez que se abre uma concorrência por meio da qual, diferentes indústrias competirão para oferecer o menor preço. Ademais, todas elas são obrigadas a fornecer o medicamento com descontos de 25%, de acordo com a resolução n.4 de 2006 da CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos). De acordo com nossos cálculos, apenas 17,9% (R\$1.581.064,32) do gasto da SMS-SP para cumprir decisões judiciais em 2011 foi para adquirir medicamentos sem licitação. Isso indica que grande parte do gasto com judicialização já está previsto pelo município. [...] apenas com decisões proferidas no ano de 2010 envolvendo o fornecimento de tratamentos de saúde contra o Município de São Paulo, pudemos perceber que para os 11 medicamentos mais demandados judicialmente no período houve licitação e posterior ata de registro de preço. (2012, p. 9-12).

Concluíram os autores em seu estudo sobre os impactos da judicialização de políticas públicas na Secretaria de Saúde do Município de São Paulo, que:

[...] o gasto total da judicialização em 2011 representara 6% do que o município gastou neste ano com sua política farmacêutica e 10% do total daquilo que foi gasto com fornecimento de medicamentos e material hospitalar, ambulatorial e odontológico. O Município de São Paulo optou por lidar com essa situação por meio da realização de licitações para a compra daqueles medicamentos mais demandados judicialmente. Essa foi a saída encontrada para lidar com a imprevisão dos gastos e buscar melhores preços para produtos que, do contrário, teriam que ser comprados a preço de mercado. Contudo, ainda assim, houve uma significativa disponibilização de recursos para aquisição, por ordem judicial, de medicamentos sem licitação. Importa ressaltar que São Paulo, por ser o mais rico município da federação, talvez tenha melhores condições de absorver o impacto orçamentário gerado pelas decisões judiciais. Municípios menores podem não ter – e, em geral, não têm – essa capacidade, especialmente por contarem com menos recursos para cumprir a decisão, com ou sem licitação do medicamento litigado, sem comprometer outras ações e serviços da política pública de saúde. (2012, p. 13).

Segundo dados do Comitê Executivo do Conselho Nacional de
Justiça (CNJ) ([http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-](http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da)

saude/?page_id=39), o processo de Judicialização da Saúde tem início a partir de 2003, com um crescimento exponencial nas demandas judiciais, patrocinadas principalmente por cidadãos que buscavam o acesso a medicamentos e tratamentos do SUS. Diante do cenário, o Supremo Tribunal Federal realizou a audiência Pública nº 04, com representantes técnicos e jurídicos vinculados à saúde pública, com o intuito de abrir o debate que serviria de suporte para as decisões que o STF teria que tomar em grau recursal. Dentre os representantes estavam profissionais da área de saúde, pesquisadores do IPEA e gestores públicos. Desta iniciativa de buscar subsídios sobre a problemática da judicialização da saúde foi editada pelo CNJ a Recomendação nº 31-2010, que “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. (<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>).

Posteriormente o CNJ editou a Resolução nº 107/2010,

instituindo no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de 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 judiciais e à prevenção de novos conflitos.

O Fórum Nacional Judiciário da Saúde é constituído por Comitês Executivos Estaduais, sob a coordenação de magistrados indicados pela Presidência e/ou pela Corregedoria Nacional de Justiça, como o objetivo de coordenar e executar as ações de natureza específica, que forem consideradas relevantes. O Fórum Nacional é composto por magistrados atuantes em unidades jurisdicionais, especializadas ou não, que tratem de tema relacionado à saúde pública, podendo contar com o auxílio de autoridades e especialistas com atuação nas áreas correlatas, especialmente do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos Estados e do Distrito Federal, das Defensorias Públicas, da Ordem dos Advogados do Brasil, de Universidades e outras Instituições de Pesquisa, sob coordenação dos Conselheiros integrantes da Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação do CNJ.

Estas ações realizadas pelo STF e CNJ demonstram a preocupação do Poder Judiciário em se aprofundar nas questões que levaram ao crescimento exponencial das demandas judiciais em políticas públicas ligadas à saúde, mas outras ações precisam continuar acontecendo, não só na esfera federal, mas

estadual e municipal, visto que a judicialização impacta os três níveis federativos, com maiores riscos e impacto na esfera municipal, por causa da maior escassez de recursos.

Outro importante estudo sobre gastos com judicialização de políticas públicas na área de saúde foi realizado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, órgão integrante da Advocacia-Geral da União. O estudo teve como foco a evolução dos gastos e o montante despendido pelo Ministério da Saúde, ano a ano, com aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos em decisões judiciais. Conforme os dados disponibilizados foram gastos em 2005, R\$ 2.441.041,95 e em 2012, R\$ 287.844.968,16, o que demonstra um crescimento preocupante dos gastos públicos com ações judiciais na esfera da União, da ordem de 11.691,89%. Do mesmo modo, os valores gastos pelo Ministério da Saúde para atendimento de decisões judiciais por meio de depósito judicial ou por meio de repasses aos Estados e Municípios (para que estes cumpram a decisão judicial), foi de R\$ 116.504,54 no ano de 2005 e em 2012 foi de R\$ 60.885.288,78, demonstrando um crescimento preocupante dos gastos públicos, da ordem de 52.160,01%, para o mesmo intervalo de tempo. (2012, p. 1-5).

O estudo informa, que “Conquanto não se tenha informações precisas acerca da intervenção judicial em saúde no âmbito estadual e municipal, pode-se afirmar que a situação é semelhante à observada na esfera federal” (2012, p. 1-5). Os dados dos gastos com atendimento das ações judiciais em saúde nos Estados e sua evolução foram os demonstrados no Quadro I a seguir:

Quadro I - Gastos com atendimento de demandas judiciais em saúde em estados selecionados, diversos períodos:

<i>Estado</i>	<i>Ano</i>	<i>Gasto</i>	<i>Evolução dos Gastos em relação ao ano anterior</i>
Paraná	2003	R\$ 741.369,06	
	2004	R\$ 3.377.305,06	355,55%
	2005	R\$ 6.852.110,37	102,89%
	2006	R\$ 12.418.871,02	81,24%
	2007	R\$ 15.780.851,97	27,07%
	2008	R\$ 19.336.580,60	22,53%
	2009	R\$ 35.004.454,94	81,03%
	2010	R\$ 35.718.740,24	2,04%

Goiás	2009	R\$ 4.829.031,68	
	2010	R\$ 7.750.996,48	60,51%
	2011	R\$ 3.270.573,40 (de janeiro a março)	
Santa Catarina	2001	R\$ 17.897,20	
	2002	R\$ 131.452,07	634,48%
	2003	R\$ 2.814.786,35	2041,30%
	2004	R\$ 6.510.045,48	131,28%
	2005	R\$ 10.425.786,15	60,15%
	2006	R\$ 28.922.547,30	177,41%
	2007	R\$ 47.061.176,19	62,71%
	2008	R\$ 65.276.931,02	38,71%
	2009	R\$ 76.485.506,87	17,17%
	2010	R\$ 93.406.294,52	22,12%
São Paulo	2006	R\$ 60.000.000,00	
	2008	R\$ 400.000.000,00	566,67%
	2010	R\$ 700.000.000,00	75,00%
Pernambuco	2010	R\$ 40.000.000,00	
Pará	2010	R\$ 913.073,81	
Tocantins	2007	R\$ 78.798,63	
	2008	R\$ 311.555,98	295,38%
	2009	R\$ 462.370,94	48,41%
	2010	R\$ 822.937,69	77,98%
Alagoas	2009	R\$ 10.995.899,78	
	2010	R\$ 8.885.989,94	-19,19%
	2011 (1º semestre)	R\$ 9.067.555,80	2,04%

Fonte: Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde:
<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

Esta mesma Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde desenvolveu o trabalho “Intervenção Judicial na saúde pública - Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais”, concluindo que:

[...] **o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que promovem.** [...] pode-se afirmar, com base no que foi apurado pela presente pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário (dados do CNJ), **os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, somam a quantia de R\$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta e mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos)**, quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerais, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios). Vale destacar que os gastos federais com medicamentos no ano de 2010, para atendimento de todos os usuários do SUS, foram da ordem de R\$ 6,9 bilhões, o que significa que, no mesmo período, os gastos com ações judiciais, apenas daqueles 8 entes, corresponderam a quase 1/7 desse orçamento. Desse modo, **conquanto seja inegável que parcela significativa das ações judiciais decorre de interesses legítimos que não podem ser retirados da apreciação do Judiciário, é igualmente constatável que a concessão pela via judicial de um tratamento médico ou medicamentoso, pela própria característica de individualidade de que comumente se revestem, impacta de modo expressivo a programação e a organização do Sistema Único de Saúde, a revelar a necessidade de se buscar uma linha de atuação, por parte de todos os interessados no assunto, que conjugue os interesses individuais com a percepção coletiva do mesmo direito.** (2012, p. 18, grifo nosso).

Na análise dos trabalhos citados, pode-se perceber que a judicialização gera impacto orçamentário e que este impacto deve ser objeto de acompanhamento por parte do administrador público, para que não venha a prejudicar o desenvolvimento regular das ações e serviços públicos de saúde e, até mesmo, das demais políticas públicas no atendimento de demandas legítimas por serviços públicos, prestados muitas vezes por entes federativos com problemas estruturais graves. Para que o impacto orçamentário seja o menor possível é importante uma programação e provisão mais adequada das necessidades de atendimento da demanda por medicamentos e outros serviços evitando-se aquisições emergenciais que são mais onerosas. Também é necessária uma melhor estrutura de acompanhamento dos gastos decorrentes de ações judiciais, dando-se publicidade dos valores, atributo essencial para a boa governança pública. Somente com dados precisos a administração pública poderá enfrentar os problemas advindos com a judicialização e propor soluções.

Na visão de alguns autores, o impacto orçamentário não seria o problema central para o não atendimento do pleito judicial por políticas públicas,

principalmente na área de saúde pública. Daniel (2010, p. 116-117) compreende os limites orçamentários do ente público. Para o autor, política pública e orçamento estão ligados, posto que é no processo orçamentário que são efetuadas as escolhas de prioridades da Administração, quando são alocados recursos nas ações levadas à agenda política, possibilitando a efetivação máxima das políticas públicas. Para o autor, a Administração não tem condições de acabar com a totalidade das mazelas sociais, garantindo um serviço público eficiente todos os direitos garantidos constitucionalmente, deste modo, deve-se buscar atender ao núcleo de direitos fundamentais entendido como inafastável pelo poder público, porque indispensáveis para a garantia do primado constitucional da dignidade humana. A partir desse núcleo, haveria um mínimo existencial a ser garantido pelo Estado em toda e qualquer hipótese, cuja omissão seria inarredavelmente arbitrária, tendo o Estado não só o dever de planejar seu orçamento anual, mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada, colocando em prática a “vontade da Constituição”.

O autor se baseia no paradigma substancialista para alertar que os direitos sociais são de implementação obrigatória e que cabe ao Estado, pelo uso das boas práticas do paradigma procedimentalista obter a melhor gestão destes escassos recursos. Caso haja impossibilidade de se atender na totalidade os direitos é que se poderia pensar em abrir a discussão para a necessidade de limitação do exercício de direitos sociais, até que a limitação seja ultrapassada.

Portanto, o administrador não pode ser ceivado de sua discricionariedade para melhor aplicar os recursos públicos à sua disposição, mas deve fazê-lo à luz da Constituição e levando em consideração que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade e que escolhas desproporcionais podem levar a graves prejuízos sociais, que por sua vez levarão a uma crescente judicialização em busca do exercício de direitos, que levarão a novo desequilíbrio financeiro do ente federativo, numa escala crescente, exponencial, cíclica e sem remédio conhecido.

Segundo entendimento de Canela Junior:

Do ponto de vista do Estado social, o orçamento não pode ser óbice à concessão dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. A Ausência de recursos não é indicativo de que o direito fundamental social não poderá ser concedido, mas fator que determinará a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que

elegerão os financiadores deste gasto público. Na medida em que os objetivos do Estado são claramente estabelecidos pela Constituição (art. 3º), não há como limitá-los sob o fundamento de precariedade financeira, porque é exatamente na elaboração do orçamento que os programas estatais serão efetivamente materializados. Por consequência, ao contrário do que reza a lógica da reserva do possível, **é a sentença judicial transitada em julgado que integrará o orçamento, obrigando o Estado a reajustar receitas e despesas, a fim de que os seus objetivos fundamentais sejam efetivamente atingidos. [...] a vinculação dos orçamentos às sentenças transitadas em julgado evitará que os agentes públicos possam manipulá-los arbitrariamente, destinando os escassos recursos públicos a interesses muitas vezes inconfessáveis.** (2011, p. 88-89, grifo nosso).

Canela Junior traz uma questão primordial para a análise do princípio da reserva do possível em face da judicialização de direitos fundamentais sociais, como a saúde pública. Não é o orçamento que deve pautar o atendimento ou não das demandas judiciais, mas as demandas sociais é que devem ser a força motriz a movimentar as estruturas estatais, mais especificamente orçamentárias e legislativas, para que os recursos necessários sejam transferidos de outras ações públicas menos importantes, para a área de saúde, de modo que com tempestividade e efetividade as políticas públicas sejam plenamente atendidas e ofertadas à sociedade. Mas isto só é possível em uma gestão eficiente e responsável dos recursos financeiros. Deste modo, o princípio da reserva do economicamente possível não será óbice ao alcance da efetividade das políticas públicas na área de saúde, mas sua melhor ferramenta, posto que exigirá uma dura crítica das demais escolhas públicas de alocação de recursos em áreas não fundamentais à manutenção da dignidade do ser humano. Não se está dizendo que para ter um pleno atendimento das demandas sociais por saúde pública deve-se ter uma redução do atendimento das demandas sociais por educação e segurança, mas que as despesas públicas constantes do Orçamento Geral da União devem ser pautadas pelos ditames constitucionais.

Ada Pellegrini Grinover se deteve no estudo da questão da alegação de falta de recursos para atendimento de pleitos por políticas públicas, com base no princípio da reserva do possível e constatou que, “não será suficiente a simples alegação de falta de recursos, devendo ser provada a insuficiência pela Administração, segundo a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), aplicado por analogia”. Também cita “a previsão do art. 333

do CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais perto dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los”. O Judiciário, “em caso de insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, ambos comprovados”, deve determinar ao Poder Público que faça constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. Segundo a autora, frequentemente o princípio da reserva do possível pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações: “de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação”. (2011, p. 138).

Os fundamentos legais que proporcionam o atendimento judicial do pedido de oferta de determinada política pública na área de saúde estão fulcrados na Constituição Federal, mas também na incapacidade financeira do demandante em arcar com os custos de tratamento. Romero em seus estudos indica que:

na jurisprudência, dois argumentos estão presentes nos arrazoados de todos os autores que ingressaram com ações no TJDF contra o SUS-DF, pela garantia de assistência farmacêutica no período estudado: o entendimento de que a prestação dessa assistência, por parte do Estado, constitui um direito constitucional e legal, que lhes está sendo tolhido, e o fato de não disporem de recursos financeiros para adquirir, por conta própria, os medicamentos pleiteados. Nesse último caso, o alto custo dos medicamentos ou sua necessidade por tempo prolongado é, com frequência, um argumento acrescido, bem como a descontinuidade da prestação do serviço e mesmo sua omissão. (2008, p. 44).

Para Guerra, que estudou o processo de judicialização de políticas públicas nos Tribunais Superiores, na visão dos julgadores, o principal argumento que decide a favor dos autores “é o reconhecimento de que a prestação de assistência farmacêutica constitui materialização do direito constitucional à vida e à saúde, com base no que dispõem os arts. 5º, 196 e 198 da Constituição Federal, além de imposição legal”. (2006, p. 379-397). Este comportamento também foi observado por Ciarlini. (CIARLINI, 2013, p. 39).

A Jurisprudência Interna Reiterada do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios é no sentido de que:

O Estado é obrigado a fornecer gratuitamente medicamentos necessários àqueles que não dispõem de recursos financeiros para custeá-los. É obrigatório o fornecimento de medicamentos pelo Estado, mesmo que de uso contínuo, à pessoa carente (Entendimento do Tribunal). (ROMERO, 2008, p. 44).

As mais importantes conclusões dos estudos de Guerra (2006, p. 379-397) sobre a judicialização da saúde pública no Distrito Federal foram que a ampliação de cobertura e redefinição de prioridades em decorrência do necessário remanejamento de recursos para atendimento das demandas judiciais. Outro ponto foi a flagrante insuficiência da atenção à saúde prestada no âmbito do SUS-DF no período estudado – e não apenas da assistência farmacêutica – é importante fator explicativo do fenômeno, devendo ser ressaltado que essa insuficiência atingiu, inclusive, serviços públicos de saúde não-participantes da rede mantida pela Secretaria de Saúde. E a percepção de que a incapacidade do Governo do Distrito Federal para apresentar os valores gastos por sua Secretaria de Saúde em medicamentos e, em especial, com medicamentos fornecidos mediante demanda judicial, é indicador da necessidade de melhoria no gerenciamento da política de atendimento à saúde pública neste ente público.

Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme julgado de relatoria do Min. Celso de Mello (RE n. 482.611/Santa Catarina, j. aos 23 de março de 2010). “[...] Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. No mesmo sentido é o pensamento de Grinover, que “em caso de urgência e violação ao mínimo existencial, o princípio da reserva do possível não deverá constituir obstáculo para a imediata satisfação do direito”. (2011, p. 139).

Bruna de Cássia Teixeira e Ana Carla Bliacheriene, no estudo sobre o “Acesso aos bens de saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, buscaram analisar a evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do acesso aos bens e prestações de saúde pela via judicial, “partindo da análise jurisprudencial referente ao período de maio de 2009 a dezembro de 2011, buscando conhecer, além do posicionamento daquela Corte sobre o tema, quais as demandas mais comuns e seus fundamentos”. Concluíram as autoras, que:

(i) o STF reconhece a prevalência do direito à saúde sobre os interesses financeiros do Estado; (ii) os principais fundamentos constantes nos acórdãos são: (a) o direito ao acesso universal à saúde; (b) o direito à vida; (c) a dignidade da pessoa humana; (d) a responsabilidade solidária dos entes federativos; (e) o periculum in mora inverso e; (f) a inexistência de ofensa à separação dos Poderes. A realização da Audiência Pública influenciou positivamente no que diz respeito a mais ampla fundamentação das decisões do STF, no entanto, **o conteúdo decisório permanece**

dando primazia ao direito à saúde demandado individualmente em detrimento às prestações básicas de saúde no âmbito da coletividade. (2012, p. 17, grifo nosso).

Mas mesmo que os julgados ainda estejam se baseando quase integralmente em paradigmas substancialistas, existem iniciativas no STF em abrir o diálogo e buscar na sociedade respostas para uma nova forma de entender a judicialização de direitos sociais em políticas públicas indicando a intenção de se criar um terceiro paradigma, nos moldes do alegado por Dworkin em seus estudos.

Deste modo, conclui-se que a doutrina e a jurisprudência dominantes entendem que a Administração não possui informações suficientes para demonstrar que a judicialização de políticas públicas afeta de forma comprometedoras o orçamento público dos entes estudados, mas esta hipótese não pode ser afastada e que as limitações orçamentárias, se existem, não podem impedir a implementação de políticas públicas que tenham como objeto direitos fundamentais, mais especificamente, direito à saúde, mas podem restringir e prejudicar seu alcance e efetividade e limitar sua atuação a um núcleo essencial.

Deste modo, a atuação do Poder Judiciário estaria respaldada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e razoabilidade/proporcionalidade, uma vez que o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível, não tem a capacidade de limitar a atuação do Judiciário.

CONCLUSÃO

Da análise dos princípios que embasam a atuação do Poder Judiciário no julgamento das demandas judiciais individuais e coletivas, quais sejam os princípios da separação dos poderes, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, razoabilidade/proporcionalidade e reserva do possível, pode-se concluir que existem limites que, de certa forma, podem condicionar ou conformar essa atuação, que são: o limite do mínimo existencial, necessário para que o ser humano viva de forma digna; o limite da razoabilidade e proporcionalidade da pretensão deduzida ao Poder Público, visto que não se pode pedir o impossível e o insuportável; e o limite da disponibilidade orçamentária, uma vez que obrigar o Estado a suportar um ônus maior que sua capacidade orçamentária é desconhecer que existem limites de tributação e atuação estatal.

Desta forma, entende-se como possível a obtenção do direito fundamental à saúde pela via judicial, em demandas individuais ou coletivas, tendo o Estado implementado ou não uma política pública para tentar atender as demandas da sociedade. Os princípios estudados dão respaldo a esta afirmação. Da mesma forma, este direito seria de elevada amplitude, quer dizer, mesmo sob a alegação do Estado de recursos escassos, falta de previsão orçamentária, prejuízo no planejamento público de gastos e/ou política pública implantada com regras definidas diferentes do pleiteado, pode o cidadão tentar obter e o Judiciário pretender conceder o direito à saúde, tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, em confronto com a reserva do possível. Os estudos sobre o tema da judicialização da saúde demonstram que está havendo um crescimento contínuo no número de ações judiciais, sobretudo das relacionadas a provisão de medicamentos.

Este processo tem gerado intenso debate sobre o papel da judicialização. Para muitos é vista como forma de garantir o direito à saúde e o acesso aos tratamentos necessários. Para outros, sobretudo entre os gestores do sistema, a judicialização geraria distorções na alocação de recursos e na gestão dos programas (IPEA, 2009). É argumentado que o gestor se veria obrigado a satisfazer as necessidades de poucos, em detrimento de um número maior de beneficiários. (TCU, 2005, VIEIRA; ZUCCHI, 2007, apud IPEA, 2009). Contudo devem ser observadas demandas perfeitamente justificáveis que são aquelas que tratam de

acesso de medicamentos que constam das listas do SUS. Estudos realizados como por Romero (2008) mostraram que no Distrito Federal quase 50% dos pleitos de medicamentos se referiam a itens que faziam parte da Relação de Medicamentos do SUS. Já Santana et al (2004), em estudo realizado com dados da Secretaria Municipal de Belo Horizonte, apurou que cerca de 56% dos produtos demandados não faziam parte dos programas governamentais. (SANTANA et al, 2004 apud IPEA, 2009).

Por outro lado, com base na análise do dados levantados, não se pode afirmar que as interferências do Poder Judiciário na execução de políticas públicas na área de saúde, mais especificamente na área de medicamentos, oriundas das ações coletivas e individuais, venham prejudicando a efetividade e economicidade da ações e programas do setor, pois apesar dos gastos das três esferas de governo no atendimento de ações judiciais estarem crescendo no últimos anos, conforme demonstram os estudos analisados, os valores ainda são não proporcionalmente elevados em relação aos gastos totais com medicamentos ou com ações e serviços de saúde de uma forma geral. Naturalmente está se fazendo uma afirmação bastante genérica, uma vez que o atendimento das ações judiciais podem gerar consequências muito diferentes em se tratando de Secretaria Municipal de um pequeno município, de Secretarias Estaduais ou do próprio Ministério da Saúde. Isso, no entanto, não quer dizer que não devam ser tomadas iniciativas, como as desenvolvidas pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, mencionadas em trabalho de Yoshinaga (2011), como um melhor acompanhamento do andamento das ações, parcerias com Defensoria Pública, identificação de demandas forjadas e atualizações mais frequentes na lista de medicamentos do SUS. Desta forma é aconselhável uma maior aproximação entre as áreas técnicas das instâncias gestoras do SUS e o Judiciário no fornecimento de informações sobre os produtos demandados, o que, em muitos casos, poderia informar melhor a decisão judicial e, até mesmo, fornecer elementos para aperfeiçoamento dos programas públicos de distribuição de medicamentos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Elmo José Duarte de. **Aspectos relevantes dos direitos sociais de prestação frente ao mínimo existencial e à reserva do possível.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1522, 1 set. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10357>>. Acesso em 13 jul. 2013.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. **O Controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais:** o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

BARROS, Elizabeth. **A integralidade sub judice:** notas sobre a audiência pública do STF. Nota Técnica preparada para o DISOC/IPEA. nov. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In: PEREIRA NETO, Claudio de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. **Comitê Executivo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/?page_id=39>. Acesso em 14 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 19 jun. 2012.

BRASIL. **Lei 8.080/1990.** Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF, Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 13 jul. 2013.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Políticas públicas e pretensões judiciais**

determinadas. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas Públicas: possibilidades e limites.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CIARLINI, Alvaro Luis de A.S. *Direito à saúde* – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Saraiva, 1999.

DA COSTA, Maurício Mesurini. *Ética da responsabilidade e ética da convicção:* proposta de uma racionalidade para o controle judicial de políticas públicas. *Revista Urutágua* – acadêmica multidisciplinar. DCS/UEM. nº 19 – set./out./nov./dez. 2009 – quadrimestral. Maringá (PR).

DE CASTRO, Jorge Abrahão. *Política Social no Brasil.* Diretoria de Estudos e Políticas Sociais (Disoc). Brasília: IPEA, 10 maio 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas públicas: possibilidades e limites.* Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ENCINAS, Rafael. *Anotações sobre Administração Pública.* APU - Aulas 3 e 4. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/avec/course/view.php?id=2154>>. Acesso em 13 jul. 2013.

Estado, planejamento e políticas públicas. Brasil em Desenvolvimento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 3v. Brasília: Ipea, 2010.

FERRARESI, Eurico. *A Responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERREIRA, Éder. *As ações individuais no controle judicial de políticas públicas.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direitos Fundamentais:* orçamento e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

Gastos Públicos. AGU – Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/pdf/2013/Jun/18/EVOLUcaOGASTOS2.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas.* Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Marcia Balmant. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial.* *Revista da Faculdade de Direito de Campos:* ano VII, n. 9, dez. 2006.

Intervenção Judicial na saúde pública. Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. AGU – Advocacia-Geral da União. Consultoria Jurídica. Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2013.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. **A “Reserva do Possível”**: Obrigação de Previsão Orçamentária e de Aplicação da Verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JURISDIÇÃO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas. 1948. UNIC. Rio. 005. Dezembro 2000. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em 13 jul. 2013.

JURISDIÇÃO. Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Voto nº 19.848**. Apelação Cível: nº 990.10.466187-0 – Comarca de Ribeirão Preto. Disponível em: <www.epm.tjsp.jus.br/Sociedade/AssistenciaFarmaceutica.aspx>. Acesso em 21 mar. 2014.

JURISDIÇÃO. **Recomendação nº 31-2010**. Brasília, DF. Disponível em: <<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 14 mar. 2014.

JURISDIÇÃO. **Recurso Especial nº 1.185.474 - SC (2010/0048628-4)**. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9119367/recurso-especial-resp-1185474-sc-2010-0048628-4-stj/inteiro-teor>>. Acesso em 13 jul. 2013.

JURISDIÇÃO. **Resolução nº 107/2010**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em 14 mar. 2014.

JURISDIÇÃO. Tribunal de Contas da União. **Avaliação do TCU sobre a ação assistência financeira para aquisição e distribuição de medicamentos excepcionais**. Sumários Executivos/ TCU-SEPROG ; 23. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2059152.PDF>>. Acesso em 13 jul. 2013.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. **Políticas Públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Em torno da reserva do possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserve do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LUPION, Ricardo. **O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e “reserve do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**. In: MILARÉ, Édís (Coord.). Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2004. Disponível em: <http://www.conass.org.br/conassdocumenta/cd_3.pdf>. Acesso em 21 mar. 2014.

Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições) ADPF 45 MC/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20>>

%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20-
%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-
%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20%28Transcri%C3%A7%C3%B5es%
29>. Acesso em: 13 jul. 2013.

Políticas Sociais: acompanhamento e análise. IPEA. Brasília, n 17, vol 1, 2009.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível.** Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_novembro_2005/rosalia-eficacia.pdf>. Acesso em 15 mai.2010.

ROMERO, Luiz Carlos. **Judicialização das políticas de assistência farmacêutica:** o caso do Distrito Federal. Consultoria Legislativa do Senado Federal. Coordenação de estudos. Textos para discussão 41. Brasília, maio 2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-41-judicializacao-das-politicas-de-assistencia-farmaceutica-o-caso-do-distrito-federal>>. Acesso em 13 jul. 2013.

SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e Arena Pública:** um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. (Org.). **Políticas públicas.** Coletânea – Volume 1. ENAP - Escola Nacional de Administração Pública. Brasília: ENAP, 2006. 2v. Disponível em:< http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2857>. Acesso em 07 de jul. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais:** alguns parâmetros ético-jurídicos. In: PEREIRA NETO, Claudio de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas:** entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: PEREIRA NETO, Claudio de Souza; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas:** uma revisão da literatura. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

TEIXEIRA, Bruna de Cássia; Bliacheriene, Ana Carla. **Acesso aos bens de saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2012. Disponível em: <<http://abresbrasil.org.br/trabalhos/acesso-aos-bens-de-saude-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal.html>>. Acesso em 13 jul. 2013.

THOENIG, Jean-Claude. L'analyse des politiques publiques. In: GRAWITZ, Madeleine; LÉCA, Jean. *Traité de science politique*. V. 4: Les politiques publiques. Paris: PUF, 1985. p. 7. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas públicas**: coletânea . (Org.). Brasília: ENAP, 2006.2 v.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os direitos humanos e a tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. 5.

VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WANG, Daniel W. L. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde**: Algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 10, n. 1, mar/jul. 2009.

WANG, Daniel Wei; PIRES, Natália; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda. **Os impactos da judicialização da saúde no orçamento público da saúde**: o caso do município de São Paulo. São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://abresbrasil.org.br/trabalhos/impactos-da-judicializacao-da-saude-no-orcamento-publico-o-caso-do-municipio-de-sao-paulo>>. Acesso em 13 jul. 2013.

YOSHINAGA, Juliana Y. **Judicialização do direito à saúde**: A experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, vol 24, dez/jan/fev, 2011.