

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS**

**DANIELLE CHRISTINE BARROS NOGUEIRA**

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:  
FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS**

São Luís

2011

**DANIELLE CHRISTINE BARROS NOGUEIRA**

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:  
FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

São Luís

2011

Nogueira, Danielle Christine Barros

A efetivação do direito à saúde: fornecimento judicial de medicamentos /  
Danielle Christine Barros Nogueira. - São Luis, 2011.

165f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do  
Maranhão, 2011.

1. Direito à saúde - Medicamentos 2. Direito à saúde -Poder judiciário I.  
Titulo.

CDU 614:343. 347

**DANIELLE CHRISTINE BARROS NOGUEIRA**

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE:  
FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em  
Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão  
para obtenção do título de Mestre em Políticas Públicas.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/ 2011.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Paulo Roberto Barbosa Ramos (Orientador)  
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Granada  
Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP

---

Profa. Cláudia Maria da Costa Gonçalves  
Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Doutora em Políticas Públicas pela UFMA

---

Prof. Cassius Guimarães Chai  
Pós-Doutor em Direito pela Central European University  
Doutor em Direito Constitucional pela UFMG / Cardozo School of Law - NY

À minha mãe, cuja crença na educação me faz  
esperar por um mundo melhor.

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto justificá-los, mas protegê-los”.

Norberto Bobbio – *A Era dos Direitos*

“É verdade que apostar é uma coisa e vencer é outra. Mas também é verdade que quem aposta o faz porque tem confiança na vitória. É claro, não basta a confiança para vencer. Mas se não se tem a menor confiança, a partida estaria perdida antes de começar. Depois, se me perguntassem o que é necessário para se ter confiança, eu voltaria às palavras de Kant citadas no início: conceitos justos, uma grande experiência e, sobretudo, muita boa vontade”.

Norberto Bobbio – *A Era dos Direitos*

## AGRADECIMENTOS

À Deus, pela força em prosseguir para alcançar meus objetivos.

À minha mãe Edelves Barros, pelo apoio constante e incondicional aos meus estudos.

Às minhas irmãs Caroline e Camila, pelo apoio e pelas horas que passamos juntas.

Ao meu querido Marcelo, pelo companheirismo e por sempre acreditar em meu potencial.

À minha família, pelas palavras de incentivo.

Ao Professor Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos, pela orientação e atenção constantes e indispensáveis para a concretização dos meus estudos.

Aos queridos amigos que encontrei neste Mestrado, em especial a Ronald e Thales, pelas conversas e apoio.

Aos colegas de trabalho e amigos da SEAPO/SEPLAN, pela compreensão e apoio constantes.

A todos os professores e servidores do Mestrado em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, cujo convívio recordarei com grande alegria.

## RESUMO

O presente estudo aborda a efetivação do direito à saúde através da concessão judicial de medicamentos. Serão observados temas relativos aos direitos fundamentais, suas origens, dimensões, concepções, conceito, aspectos de sua fundamentalidade, características, âmbito de proteção, possíveis restrições, funções, classificação, direitos sociais, direito à saúde e política de assistência farmacêutica, bem como considerações acerca do princípio da separação dos poderes, Poder Judiciário e questões teóricas pertinentes à temática e, ainda, debates doutrinários relativos à matéria em questão. Analisa-se também o posicionamento do Poder Judiciário sobre a efetivação do direito à saúde pela concessão judicial de medicamentos através das considerações apresentadas na Audiência Pública – Saúde, realizada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal, assim como observações referentes ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, julgado pela Corte Suprema. Ao final, apresenta-se um estudo da proteção do direito à saúde no âmbito da 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão, durante os anos de 2008, 2009 e 2010 e a resposta ofertada pelo Judiciário de primeira instância aos pleitos oriundos desta Promotoria. Faz-se, ainda, uma análise dos acórdãos concernentes à proteção do direito à saúde e acesso judicial a medicamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão nos anos de 2008, 2009 e 2010.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Acesso a medicamentos. Poder Judiciário.

## RÉSUMÉ

La présente étude aborde l'effectivité du droit à la santé par la concession judiciaire de médicaments. Y seront aussi observés des thèmes relatifs aux droits fondamentaux, leurs origines, dimensions, conceptions, concepts, aux aspects de leurs fondements caractéristiques, à leur action de protection, aux possibles restrictions, à leurs fonctions classification, droits sociaux, du droit à la santé, à la politique d'assistance pharmaceutique, bien comme des considérations sur le principe de la séparation des pouvoirs. Le Pouvoir Judiciaire et des questions théoriques sur cette thématique et encore des débats doctrinaux relatifs à la matière traitée. La position du Pouvoir Judiciaire y sera aussi analysée quant à l'effectivité du droit à la santé par la concession judiciaire de médicaments, par des considérations présentées en Audience Publique – Santé réalisée en 2009 par le Tribunal Suprême Fédéral, aussi bien que des observations au sujet d'un Appel Régimental de la Suspension de Tutelle Anticipée n° 175 jugé par la Cour Suprême. Et pour terminer nous verrons une étude sur la protection du droit à la santé présentée par la 11<sup>ème</sup> Promotorie de Justice Spécialisée en Défense des Droits de la Personne Handicapée, du Ministère Public de l'Etat du Maranhão durant les années 2008, 2009 et 2010, la réponse donnée par le Judiciaire de Première Instance aux litiges venus de cette Promotorie et aussi une analyse des accords réalisés concernant la protection du droit à la santé et l'accès judiciaire aux médicaments, proferés par le Tribunal de Justice de l'Etat du Maranhão durant les années 2008, 2009 et 2010.

Mots clef: Droit à la Santé. Accès aux médicaments. Pouvoir Judiciaire.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 DIREITO À SAÚDE</b> .....	18
<b>2.1 Direitos Fundamentais</b> .....	18
2.1.1 Origens dos direitos fundamentais .....	18
2.1.2 Dimensões dos direitos fundamentais.....	22
2.1.3 Concepções e conceitos de direitos fundamentais.....	25
2.1.4 Fundamentalidade formal e fundamentalidade material.....	27
2.1.5 Características dos direitos fundamentais.....	32
2.1.6 Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais .....	35
2.1.7 Âmbito de proteção dos direitos fundamentais.....	38
2.1.8 Possibilidade de restrições a direitos fundamentais .....	40
2.1.9 Funções dos direitos fundamentais.....	42
2.1.10 Classificação dos direitos fundamentais.....	43
<b>2.2 Direitos Sociais</b> .....	46
<b>2.3 Direito à saúde</b> .....	51
<b>2.4 Assistência Farmacêutica</b> .....	57
<b>3 O PODER JUDICIÁRIO E O FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS</b> .....	60
<b>3.1 Separação de Poderes</b> .....	60
<b>3.2 O Poder Judiciário</b> .....	68
<b>3.3 O controle judicial de políticas públicas: questões teóricas</b> .....	77
3.3.1 Proporcionalidade e Razoabilidade .....	78
3.3.2 Colisão entre direitos fundamentais .....	82
3.3.3 Ponderação de bens .....	84
3.3.4 Reserva do possível e mínimo existencial.....	86
3.3.5 Discricionariedade administrativa .....	94
3.3.6 Princípio da Eficiência e da Boa Administração Pública.....	98
3.3.7 Princípio da Efetividade.....	99
<b>3.4 O fornecimento judicial de medicamentos</b> .....	101

<b>4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS: O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO</b> .....	117
<b>4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Audiência Pública - Saúde</b> .....	118
<b>4.2 O Supremo Tribunal Federal e o fornecimento judicial de medicamentos: o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175</b> .....	124
<b>4.3 A 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão e a proteção do Direito à Saúde</b> .....	133
<b>4.4 O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e as decisões concernentes à proteção do Direito à Saúde e fornecimento judicial de medicamentos</b> .....	138
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	148
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	153

## 1 INTRODUÇÃO

Verifica-se que a sociedade brasileira encontra-se direta e inteiramente permeada pela atividade estatal nas mais diversas áreas. Tal fato se concretiza através da implementação e execução de políticas públicas, tarefa praticamente impossível dissociar-se desta realidade.

As políticas públicas são caracterizadas como programas de atuação estatal e possuem como objetivo primordial dar efetividade a direitos fundamentais indispensáveis ao bem-estar dos indivíduos, uma vez que elas são essencialmente desenvolvidas pelo Poder Executivo estatal. Daí surge a premente necessidade de as políticas públicas serem diuturnamente controladas para que alcancem suas finalidades.

Para uma melhor demarcação do conceito de políticas públicas, necessária para compreensão da temática a ser abordada, tem-se o conceito de Maria das Graças Rua<sup>1</sup>, para quem “as políticas públicas (*policies*) são *outputs*, resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores.” Já Celina Sousa<sup>2</sup> entende as políticas públicas como um “campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar esta ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou no curso dessas ações (variável dependente).”

Por outro lado, Geraldo di Giovanni<sup>3</sup> tem seu conceito de política pública “como uma forma contemporânea de exercício do poder nas sociedades democráticas, resultante de uma complexa interação entre o Estado e a sociedade, entendida aqui num sentido amplo, que inclui as relações sociais travadas também no campo da economia”.

Com relação aos sujeitos, por atuarem frente ao fenômeno do processo das políticas públicas, estes caracterizam-se, para Maria das Graças Rua<sup>4</sup>, como os envolvidos nos conflitos referentes à alocação de recursos e bens públicos, sendo identificáveis quando possuem algum interesse em uma dada política pública.

---

<sup>1</sup> RUA, Maria das Graças. **Análise de políticas públicas**: conceitos básicos. S.n.t. (mimeo.). p. 1.

<sup>2</sup> SOUSA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão de literatura. Sociologia, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 26, jul./dez. 2006.

<sup>3</sup> GIOVANNI, Geraldo di. As estruturas elementares das políticas públicas. In: **Caderno de Pesquisa NEPP – UNICAMP**, n. 82, Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.nepp.unicamp.br/index.php?p=9>> Acesso em: 01 set. 2009. p. 23.

<sup>4</sup> RUA, op. cit., p. 5.

Geraldo di Giovanni<sup>5</sup>, por sua vez, entende que os sujeitos das políticas públicas (os quais ele denomina de agentes sociais ou atores) são inerentes a uma estrutura substantiva, na qual o autor entende também estarem alocados os elementos interesses e regras. Assim, os sujeitos das políticas públicas seriam “todas as pessoas, grupos ou instituições que, direta ou indiretamente participam da formulação, da implementação e dos resultados de uma política”. Exemplifica o autor como sujeitos das políticas de saúde os pacientes, médicos, enfermeiros, políticos, imprensa, representantes do governo, burocracias públicas etc.<sup>6</sup>

Geraldo di Giovanni<sup>7</sup> entende que tais sujeitos são direcionados através de objetivos implícitos ou explícitos e, em maior ou menor grau, por racionalidades que o autor denomina de interesses, entendidos como “os objetivos práticos (implícitos ou explícitos) de cada um dos atores ou de grupos de atores. Por exemplo: os objetivos dos pacientes são obter uma qualidade maior no atendimento”.<sup>8</sup>

Segundo Maria Ozanira da Silva e Silva<sup>9</sup> a política pública, dentre outros elementos, envolve a participação de sujeitos e interesses diversos, logo, em seu processo há uma diversidade de sujeitos que participam em diferentes movimentos da política pública, orientados por racionalidades diversas.

Os principais sujeitos do processo das políticas públicas citados por Maria Ozanira da Silva e Silva<sup>10</sup> são os grupos de pressão, movimentos sociais, potenciais beneficiários, partidos políticos, o político individualmente, administradores, burocratas, técnicos, planejadores, avaliadores e ainda o Judiciário. Como sujeito de políticas públicas o Judiciário seria o “responsável por garantir os direitos do cidadão”.<sup>11</sup>

Maria Ozanira da Silva e Silva<sup>12</sup> aduz que os sujeitos, ao atuarem na dinâmica do processo das políticas públicas, agem segundo determinadas perspectivas, denominadas pela autora de racionalidades, que podem ser a administrativa, política, de resultados e aquela tida como própria do Judiciário, que é a racionalidade legal, e cujo foco “é a noção de igualdade da proteção da lei e a referência central é a implementação apropriada ou não da política. Os valores se pautam na proteção e resposta igual para os demandatários do direito, portanto, os beneficiários são vistos como indivíduos portadores de direitos”.

---

<sup>5</sup> GIOVANNI, op cit, passim.

<sup>6</sup> Ibid., p. 23.

<sup>7</sup> Ibid., p. 22.

<sup>8</sup> Ibid., p. 23.

<sup>9</sup> SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Avaliação de Políticas e Programas Sociais: teoria e prática.** São Paulo: Veras, 2001. p. 40.

<sup>10</sup> Ibid., p. 41.

<sup>11</sup> Ibid., p. 42.

<sup>12</sup> Ibid., p. 42.

Verifica-se, ainda, que a temática das políticas públicas relaciona-se profundamente com a ciência jurídica, uma vez que, conforme Maria Paula Dallari Bucci<sup>13</sup>, as políticas públicas tratam das políticas e suas implementações pelo Estado, sendo que tal objetivo também é tratado em sede de direito constitucional, administrativo ou ainda financeiro, estando, portanto, ambos os ramos do conhecimento passíveis de ampla interdisciplinaridade.

Destaca-se também a busca por um conceito para guiar o jurista dentro da temática das políticas públicas. Tal concepção configura a política pública como:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados<sup>14</sup>.

Há nas Políticas Públicas e Direito uma estreita relação, haja vista que entre ambos os campos do conhecimento existe a possibilidade de se estabelecer uma análise interdisciplinar, pois enquanto o ordenamento jurídico concede exigibilidade aos direitos fundamentais as políticas públicas os efetivam.

Buscando situar, em linhas gerais, o que são políticas públicas quais seus sujeitos, racionalidades e interesses chega-se assim ao Poder Judiciário como sujeito deste movimento das políticas públicas, bem como a importância do exercício deste papel pelo referido poder.

No que se refere ao direito à saúde, mais especificadamente à política de assistência farmacêutica e acesso a medicamentos, tal problemática encontra relevo perante a situação de milhares de pacientes sem condições econômicas de arcarem com seus tratamentos medicamentosos. Por outro lado, constata-se que com os avanços científicos surgem cada vez mais novas e caríssimas drogas que vão proporcionar a cura ou melhora do estado clínico dos indivíduos.

Segundo Maria Auxiliadora Oliveira, Jorge Antonio Zepeda Bermudez e Claudia Garcia Serpa Osório-de-Castro<sup>15</sup>, tem-se que, em se tratando do acesso a medicamentos, 80% da produção destes é consumida por apenas 18% da população global, população esta

---

<sup>13</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, nº 133: 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf\\_133/r133-10.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri1/Pdf/pdf_133/r133-10.PDF)> Acesso em: 10 nov. 2007. p. 1.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 33.

localizada no norte da Europa, América do Norte e Japão, e, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, um terço da população mundial não possui acesso regular a medicamentos.

Neste contexto, o Estado é demandado judicialmente para o fornecimento de medicamentos, muitas vezes essenciais à preservação da saúde e mesmo da dignidade de um indivíduo que deles necessita. Ao mesmo tempo, dado o alto custo das medicações, este fornecimento se mostra prejudicial aos orçamentos públicos que devem garantir tratamento com medicamentos básicos, de baixo custo, a centenas de outros indivíduos.

O foco deste tema é relevante tendo, inclusive, suscitado recentes discussões junto ao Supremo Tribunal Federal em audiência pública, realizada em 2009, em que foram ouvidos cinquenta especialistas, dentre juristas, profissionais da área de saúde e, ainda, usuários do Sistema Único de Saúde, no tocante à questão do direito à saúde e fornecimento de prestações que visem efetivá-lo em face do Poder Público.

Vários posicionamentos foram apresentados, mas coloca-se para reflexão o entendimento de Luís Roberto Barroso<sup>16</sup> ao considerar que cabe ao Estado a preservação da dignidade da pessoa humana através da promoção e proteção de seus direitos fundamentais, considerando-se o autor “filosoficamente convencido de que o papel do Estado e o da sociedade é assegurar às pessoas que vivam os seus projetos existenciais e ajudar a fazer com que as pessoas sejam o melhor que elas podem ser”.

Outra ponderação que leva à reflexão é o pronunciamento do então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão<sup>17</sup>, para quem a via judicial ao determinar, dentre outros, o uso de medicamentos, acaba “desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes, colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas”.

Demarcados tais pontos, observa-se a importância da temática a ser debatida, a qual, dentro do universo de políticas públicas existentes, restringe-se às políticas de saúde inerentes ao acesso a medicamentos pela via judicial, tendo como objetivo geral a análise acerca da possibilidade ou não da atuação do Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde através do fornecimento judicial de medicamentos.

Como objetivos específicos apresenta-se o direito à saúde contextualizando-o como direito fundamental social, especificando a sua vertente voltada à assistência

---

<sup>16</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010a. *passim*

<sup>17</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de José Gomes Temporão, Ministro da Saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>> Acesso em: 1 nov. 2010b. *passim*.

farmacêutica, discute-se o Poder Judiciário e o fornecimento judicial de medicamentos e, ainda, analisa-se o posicionamento do Judiciário acerca da efetivação do direito à saúde por meio do fornecimento judicial de medicamentos.

Como metodologia será utilizada a contribuição da perspectiva teórica de Pierre Bourdieu na construção do objeto de estudo, para quem tal operação apresenta-se como a mais importante da pesquisa e cuja realização não se faz em uma assentada, sendo “um trabalho de grande fôlego, que se realiza pouco a pouco, por retoques sucessivos, por toda uma série de correções, de emendas”.<sup>18</sup>

O olhar metodológico de Pierre Bourdieu recairá sobre o presente objeto de pesquisa através da estratégia metodológica da análise dos posicionamentos que o permeiam e observados em revisão de literatura, bem como análise de decisões judiciais pertinentes ao tema.

Para Pierre Bourdieu em seu texto *A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico*, a questão jurídica reside na crença do formalismo do direito, entendendo que este se apresenta como um campo fechado, autônomo, que só pode ser compreendido por sua lógica própria, se autofundamentando.

Por outro lado, para Pierre Bourdieu a legitimação das decisões judiciais é verificada na crença na neutralidade e universalidade dos direitos, apreensível na utilização de uma linguagem jurídica que produz os efeitos de neutralização e universalização. Neste sentido para Bourdieu:

Efeito de *neutralização* é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impersonalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo. O efeito de *universalização* é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego, próprio da retórica da atestação oficial e do auto, de verbos atestativos na terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que exprimem o aspecto realizado (“aceita”, “confessa”, “compromete-se”, “declarou”, etc); o uso de indefinidos (“todo o condenado”) e do presente intemporal – ou do futuro jurídico – próprios para exprimirem a generalidade e a omnitemporalidade da regra do direito: a referência a valores transubjetivos que pressupõe a existência de um consenso ético (por exemplo, “como bom pai de família”); o recurso a fórmulas lapidares e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais.<sup>19</sup>

Diante de tais constatações o *modus operandi*, o *habitus* científico de Pierre Bourdieu<sup>20</sup> propõe, primordialmente, por em questão conceitos, pré-noções, posicionamentos doutos para a construção de um verdadeiro objeto científico. Assim, é necessário

<sup>18</sup> BOURDIEU, Pierre. **Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 27.

<sup>19</sup> Ibid., p. 215.

<sup>20</sup> Ibid., p. 21.

desnaturalizar o *habitus* e os discursos que este encerra.

Desta feita, a necessidade de estranhamento permeia a pesquisa na medida em que para Bourdieu a realidade é uma representação, não havendo noções apriorísticas ou evidências, assumindo o pesquisador uma postura ativa e sistemática necessária para o questionamento das pré-noções.

Através desta concepção deve-se buscar a dúvida radical através da história social da emergência desses problemas conforme Pierre Bourdieu<sup>21</sup>, rompendo-se com a chamada *communis doctorum opinio* (ou senso comum douto), que, nas palavras de Patrick Champagne<sup>22</sup> caracteriza-se como uma “espécie de mistura de senso comum corrente com produtos das ciências sociais”. Ou seja, busca-se “evitar as aparências de cientificidade, contradizer mesmo as normas em vigor e desafiar os critérios correntes do rigor científico.”<sup>23</sup>

Assim, diante de tais concepções passa-se a enxergar o presente objeto de estudo como inerente ao campo jurídico onde, no interior deste campo, observa-se uma luta de poder dentro do próprio seio do Estado, na medida em que qualquer relação envolve disputas e dominação.

Tais relações de poder dentro do Estado, no objeto de estudo, verificam-se, essencialmente, entre os poderes Executivo e Judiciário estatais e se materializam nos discursos apresentados por estes no que se refere à possibilidade ou impossibilidade do controle judicial ou judicialização de políticas públicas.

Desta feita, a quebra das pré-noções se fará através da análise dos discursos apresentados, através de uma revisão de literatura, com a contraposição destes em um diálogo entre os autores, na medida em que estes poderes tensionam-se, não se constituindo em realidades isoladas, mas antes se encontram em espaço de relações que se faz necessário conhecer para a apreensão destes poderes. Por tal razão, conforme Pierre Bourdieu<sup>24</sup>, é necessário pensar relacionalmente.

Ademais a análise dos discursos será acompanhada da releitura dos conceitos e institutos jurídicos como a separação dos poderes, Poder Judiciário e a neutralidade judicial, ponto em que necessariamente implica a quebra de pré-noções, buscando-se as razões históricas das concepções apresentadas em razão dos momentos conjunturais em que estes são aplicados.

Ou seja, através da presente análise se busca apontar os discursos meramente

---

<sup>21</sup> BOURDIEU, op cit., 2007. p. 37.

<sup>22</sup> CHAMPAGNE, Patrick, *et al.* **Iniciação à Prática Sociológica**. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 171.

<sup>23</sup> BOURDIEU, op cit. p. 37.

<sup>24</sup> *Ibid.* p. 27.

legitimadores da dominação estatal, desconstruindo-os, através de posições que busquem resgatar o Poder Judiciário, e em larga escala o próprio Direito, no tocante ao objeto de estudo proposto, da posição de mero instrumento de legitimação do Estado em detrimento dos indivíduos, sem, contudo, transformá-lo em um poder hobbesiano destruidor e aniquilador dos demais, mas apenas rediscutir e reinterpretar a sua atuação de forma que alcance sua função primordial que é a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Além de tais considerações têm-se as palavras de Pierre Bourdieu, para quem:

O sociólogo não pode ignorar que é próprio do seu ponto de vista ser um ponto de vista sobre um ponto de vista. Ele não pode reproduzir o ponto de vista de seu objeto e constituí-lo como tal, resituando-o no espaço social, senão a partir deste ponto de vista muito singular onde deve se colocar para estar apto a assumir todos os pontos de vista possíveis.<sup>25</sup>

Neste sentido, busca-se com a presente pesquisa apontar um olhar ou uma interpretação sobre o objeto de estudo, isto em razão da inexistência de uma verdade e sim de múltiplas interpretações conforme o olhar do pesquisador.

Na estruturação deste estudo resolve-se fazer, em seu primeiro capítulo, considerações pertinentes aos direitos fundamentais, suas origens, dimensões, concepções, conceito, aspectos de sua fundamentalidade, características, âmbito de proteção, possíveis restrições, funções e classificação. Ainda no primeiro capítulo serão abordados os direitos sociais, o direito à saúde e a política de assistência farmacêutica.

O segundo capítulo analisa aspectos do Poder Judiciário no que diz respeito a concessão judicial de medicamentos, tecendo-se considerações acerca do princípio da separação dos poderes, Poder Judiciário e questões teóricas pertinentes à temática, quais sejam, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, a colisão entre direitos fundamentais, a ponderação de bens, reserva do possível, mínimo existencial, discricionariedade administrativa, princípio da eficiência e da boa administração pública e princípio da efetividade. Serão abordados, ainda, os debates doutrinários relativos à temática em questão.

Ao final, no terceiro capítulo, será vislumbrado o posicionamento do Poder Judiciário quanto à efetivação do direito à saúde através da concessão judicial de medicamentos. Tal análise se dá através das considerações apresentadas na Audiência Pública – Saúde, realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como através de observações referentes ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, julgado pela Corte Suprema em data posterior à audiência pública realizada.

---

<sup>25</sup> BOURDIEU, Pierre. **Compreender**. In A miséria do Mundo. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 713.

O terceiro capítulo ainda contempla um estudo sobre a proteção do direito à saúde no âmbito da 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão, durante os anos de 2008, 2009 e 2010, o que será observado através da resposta ofertada pelo Judiciário de primeira instância aos pleitos oriundos desta Promotoria.

Ainda no âmbito da Justiça maranhense, serão analisados os acórdãos concernentes à proteção do direito à saúde e acesso judicial a medicamentos proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, nos anos de 2008, 2009 e 2010, como meio de propiciar um estudo da realidade local e fomentar o debate acerca daquelas decisões que estão mais próximas da população do Estado.

## 2 DIREITO À SAÚDE

Partindo-se da concepção que o direito à saúde apresenta-se não apenas como direito social, mas também como um direito fundamental observa-se a necessidade de retomar-se a esta sua classificação primária de direito fundamental constitucionalmente assegurado e cujo fundamento se assenta na dignidade da pessoa humana.

Deve-se traçar, desta forma, os pontos relativos aos direitos fundamentais necessários a uma compreensão mais ampla possível do direito à saúde, desde sua concepção como direito fundamental até as implicações decorrentes de tal enquadramento.

### 2.1 Direitos Fundamentais

Um estudo relativo ao direito à saúde cumpre que se ressalte, de imediato, como ele se enquadra no ordenamento jurídico para que se torne possível uma compreensão mais ampla de tal direito, inclusive do seu conteúdo e de seu alcance. Faz-se, portanto, necessário traçar algumas considerações no tocante aos direitos fundamentais para um entendimento mais abrangente do direito à saúde.

#### 2.1.1 Origens dos direitos fundamentais

Conforme José Afonso da Silva<sup>26</sup> o surgimento das declarações de direitos não possuíram necessariamente uma inspiração, apontando que estas surgiram como fruto de lutas conjugadas às condições materiais da sociedade.

Assim, as declarações de direito surgiram em razão de condições objetivas e subjetivas, na concepção de José Afonso da Silva.<sup>27</sup> No que se refere às condições objetivas reais, históricas ou materiais, estas caracterizaram-se pela contradição de uma monarquia absolutista, que se mostrava retrógrada frente a uma sociedade que buscava expansão

---

<sup>26</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 173.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 173.

comercial e cultural, isto em relação às declarações de direitos do século XVIII.

Quanto à concepção subjetiva, ideal ou lógica, esta recebeu as inspirações filosóficas das declarações de direitos, compreendendo o pensamento cristão primitivo, com sua mensagem de libertação e dignidade humanas; a doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, consagrando a natureza racional do homem e a existência de direitos inatos aos indivíduos; e o pensamento iluminista, com sua concepção de liberdade e proteção de direitos individuais, sendo esta a marca essencial das primeiras declarações de direitos, bem como dos primeiros direitos fundamentais consagrados.<sup>28</sup>

No que se refere aos direitos fundamentais, estes têm sua fonte nas condições históricas, onde uma monarquia absolutista contrastava com uma sociedade em plena expansão comercial e cultural. Como condições subjetivas, seu surgimento se deve ao pensamento cristão da dignidade da pessoa humana, com base na doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, entendendo que há direitos inerentes à condição de ser humano, bem como o pensamento iluminista, com suas concepções individualistas<sup>29</sup>.

Foi o surgimento de uma nova conjuntura social que trouxe a necessidade de implementação de novos direitos, isto em razão do desenvolvimento industrial e o nascimento de um proletariado sujeito à dominação de uma burguesia em plena ascensão. Tal contexto histórico faz aflorar direitos sociais calcados no Manifesto Comunista e nas doutrinas marxistas, na doutrina social da Igreja, com o Papa Leão XIII, bem como no intervencionismo estatal.

No que tange ao surgimento de direitos fundamentais José Carlos Vieira de Andrade<sup>30</sup> salienta que a cultura ocidental aponta os estóicos como sendo as primeiras referências aos direitos fundamentais, tendo em vista que suas obras tocam em ideias como dignidade e igualdade. Contudo, em tal época histórica, apenas pode-se referir ao surgimento do humanismo, uma vez que, neste período, a base da sociedade era o escravismo, situação que foge completamente da ideia de direitos fundamentais.

Em que pese a importância histórica da *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215, documento firmado pelo Rei João Sem-Terra com o clero e a nobreza inglesa, conforme aponta Ingo Wolfgang Sarlet<sup>31</sup>, esta não se mostrou o primeiro nem o único documento da época a firmar direitos, pois nos séculos XII e XIII Espanha e Portugal já outorgavam cartas

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 173.

<sup>29</sup> Ibid., p. 173.

<sup>30</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 18.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a. p. 41.

de franquias e forais.

As origens dos direitos fundamentais apresentam-se sistematizadas em três fases: a pré-histórica (que vai até o século XVI), a intermediária (abrangendo a construção da doutrina jusnaturalista e propagação dos direitos naturais do homem) e uma fase de constitucionalização (iniciada em 1776 com as declarações de direitos americanas).<sup>32</sup>

Contudo, tais direitos firmados, tanto os da *Magna Charta* inglesa como os das cartas de franquia e forais, não poderiam ser considerados verdadeiros direitos fundamentais, na medida em que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>33</sup>, poderiam a qualquer tempo ser revogados pelo poder monárquico. Por isso, tais direitos pertenceram ao período da pré-história dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva<sup>34</sup>, assentariam suas origens na doutrina cristã, na medida em que este pensamento religioso coloca o ser humano como dotado da imagem e semelhança de Deus, ao assumir a forma humana para redenção da humanidade. Tem-se, assim, uma elevação do ser humano a uma categoria de maior relevância, refletindo tal valor na própria elaboração normativa.<sup>35</sup>

José Carlos Vieira de Andrade<sup>36</sup>, pontua, no entanto, que o pensamento cristão, em que pese apresentar uma nova perspectiva e reforço ao conceito de dignidade humana, conforme já apontado, não se apresentou apto a fundamentar e originar a concepção atual de direitos fundamentais, uma vez que coloca os indivíduos apenas como titulares de direitos e não de obrigações.

Outro momento relevante na construção de direitos fundamentais tratada por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>37</sup> diz respeito às teses contratualistas dos séculos XVII e XVIII, em que esses direitos seriam preponderantes frente ao Estado, ou seja, não só há primazia do indivíduo frente ao Estado, mas este deve servi-lo para garantir a concessão de direitos.

As declarações de direitos inglesas do século XVII, em especial, a *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* de 1679 e o *Bill of Rights* de 1689 devem ser citados como marco histórico. Integrantes da segunda fase histórica das origens dos direitos

---

<sup>32</sup> Ibid., p. 37.

<sup>33</sup> Ibid., p. 42.

<sup>34</sup> SILVA, op cit., passim.

<sup>35</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232.

<sup>36</sup> ANDRADE, op cit., p. 19.

<sup>37</sup> MENDES et al., op cit., p. 232.

fundamentais, estas normas não se constituíram, conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>38</sup>, em verdadeiros direitos fundamentais, na medida em que não se operou uma constitucionalização dos direitos afirmados, nem os mesmos possuíam poder vinculante frente o Parlamento.

Surgem, posteriormente, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789, positivando-se os direitos inerentes ao homem e categorizando-os como fundamentais. Nestes termos, os citados direitos do homem são entendidos como os inerentes à natureza humana, com conotação jusnaturalista e não positivados, cuja diferença com relação aos fundamentais reside na positivação destes pelo direito constitucional de determinado Estado.<sup>39</sup> Tal declaração representou, desta forma, um marco relevante no desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

A Declaração de Direitos do Povo de Virgínia de 1776 se mostrou como o verdadeiro marco histórico que promoveu a transição entre os direitos de liberdade das Cartas inglesas e a instituição de plenos direitos fundamentais constitucionais.<sup>41</sup> Tal afirmação se justifica na medida em que a referida Declaração garantia sua reivindicação perante a Suprema Corte, bem como possibilitava o controle de constitucionalidade.

Tal momento histórico também apresenta-se relevante para José Carlos Vieira de Andrade<sup>42</sup>, porque foi durante as revoluções liberais do século XVIII que os direitos fundamentais floresceram e se sustentaram, tendo como ideário o pensamento liberal, a liberdade, a segurança e a propriedade.

José Carlos Vieira de Andrade<sup>43</sup> aponta que do surgimento dos direitos fundamentais entra-se numa fase de maior relevo democrático, concepção que não se mostrou ausente nas ideias liberais, mas que, ao longo do processo de democratização política, influenciou no desenvolvimento de direitos fundamentais da seara política e de participação, tais como o direito ao voto e de ser eleito.

Ainda no que se refere às origens dos direitos fundamentais, destaca-se o momento histórico da industrialização, o êxodo rural e o incremento da produção fabril com a consequente exploração do trabalho proletário e condições indignas de vida, que impuseram uma atuação estatal frente a tal cenário.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup> SARLET, op cit., p. 43.

<sup>39</sup> Ibid., p. 29.

<sup>40</sup> MENDES et al., op cit., p. 232.

<sup>41</sup> SARLET, op cit., p. 43.

<sup>42</sup> ANDRADE, op cit., p. 45.

<sup>43</sup> Ibid., p. 54.

<sup>44</sup> Ibid., p. 56.

Para José Carlos Vieira de Andrade<sup>45</sup> há direitos a prestações estatais a serem preservados, porque:

Distinguem-se das liberdades e dos direitos de participação democrática, desde logo porque representam exigências de comportamentos estaduais positivos – embora a contraposição indivíduo-Estado não desapareça, esbate-se na medida em que os direitos não são, em si, direitos contra o Estado (contra a lógica estadual), mas sim direitos através do Estado.

Neste contexto, origina-se uma nova categoria de direitos fundamentais denominada direitos a prestações, cuja característica é a exigibilidade de atuação estatal positiva.

### 2.1.2 Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam-se em constante evolução e construção, sendo tal afirmação corroborada pelas lições inerentes às dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, que se identificam com o lema empregado na Revolução Francesa do século XVIII, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade.

Tem-se, então, que os direitos de primeira dimensão buscam preservar o ideário da liberdade, que compreende, conforme Paulo Bonavides<sup>46</sup>, os direitos civis e políticos e possuem, como titular, o indivíduo em face do poder estatal.

Fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de concepção individualista, tais direitos, conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>47</sup>, eram atribuídos aos indivíduos em face do poder estatal. Sendo, portanto, os primeiros positivados e consagram uma abstenção e não- intervenção do Estado em se tratando de liberdades individuais. São constituídos por um caráter universalista, uma vez que imprescindíveis a todos os indivíduos, conforme pontuam Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>48</sup> Dentre as liberdades individuais encontram-se a liberdade de consciência, reunião, culto, entre outras.

Os direitos de segunda dimensão identificam-se com os direitos de igualdade e, fundados neste princípio, englobam os direitos sociais, culturais, econômicos, coletivos ou de

---

<sup>45</sup> Ibid., p. 58.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 563.

<sup>47</sup> SARLET, op cit., p. 46.

<sup>48</sup> MENDES et al., op cit., p. 233.

coletividades, conforme Paulo Bonavides.<sup>49</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>50</sup> aponta que os direitos de segunda dimensão surgiram no contexto histórico da forte industrialização, com todas as suas graves consequências sociais e econômicas, bem como pela influência das doutrinas socialistas e lutas por justiça social. Buscavam-se não mais só as liberdades formais abstratas, mas verdadeiras liberdades materiais concretas.

Essas liberdades abrangem prestações positivas e uma atuação corretiva do poder público, que, na concepção de Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>51</sup>, acabam por propiciar uma verdadeira liberdade aos indivíduos. Os direitos de segunda dimensão caracterizam-se como direitos e liberdades sociais de cunho individual, considerando-os como sociais não por se constituírem como direitos coletivos, mas por reivindicarem justiça social.

Quanto aos direitos de terceira dimensão, respaldados nos ideais de fraternidade, são direitos que não se limitam aos interesses de um único indivíduo, ou seja, aqueles entendidos como metaindividuais, e que se relacionam com temas como o desenvolvimento, a paz, meio ambiente, qualidade de vida, patrimônio comum da humanidade, entre outros.<sup>52</sup>

Contudo, em que pese a importância dos direitos fundamentais de terceira dimensão, estes ainda não se encontram em sua maioria constitucionalmente assegurados, estando, em grande parte, positivados no campo do direito internacional através, por exemplo, de tratados.<sup>53</sup>

Paulo Bonavides<sup>54</sup> observa, ainda, a existência de direitos de quarta dimensão que tratam dos direitos à democracia, informação e pluralismo, buscam a proteção da cidadania e liberdade de todos os povos, sendo considerados como a última etapa de institucionalização de um Estado Social.

Estes direitos apresentam-se inseridos como fundamentais através de um processo de globalização política na esfera da normatividade jurídica, que em nada se refere à ideologia neoliberal, significando, em verdade, a universalização de direitos fundamentais no campo institucional.<sup>55</sup>

Cumprе ressaltar que as dimensões de direitos apresentam um caráter cumulativo e jamais exclusivo, na medida em que o elenco de direitos fundamentais consagrados ou em

---

<sup>49</sup> BONAVIDES, op cit., p. 564.

<sup>50</sup> SARLET, op cit., p. 47.

<sup>51</sup> MENDES et al., op cit., p. 233.

<sup>52</sup> BONAVIDES, op cit., p. 569.

<sup>53</sup> SARLET, op cit., p. 49.

<sup>54</sup> BONAVIDES, op cit., p. 571.

<sup>55</sup> BONAVIDES, op cit., p. 571.

relevo em uma dada dimensão é somado com os da seguinte, não deixando de existir direitos da dimensão pretérita. Assim, ampliam-se, cada vez mais, o âmbito de proteção dispensado aos indivíduos.

Neste sentido, o que pode ocorrer quando do surgimento de uma nova dimensão de direitos é uma mudança interpretativa, tendo em vista a consagração de novos valores com caráter fundamental, denominando-se tal interação de compreensão. Assim:

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais. Entende-se, pois, que tantos direitos a liberdade não guardem, hoje, o mesmo conteúdo que apresentavam antes de surgirem os direitos de segunda geração, com as suas reivindicações de justiça social, e antes que fossem acolhidos os direitos de terceira geração, como o da proteção ao meio ambiente.<sup>56</sup>

Sobre a temática, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>57</sup> afirma que a sucessão de dimensões de direitos fundamentais implica em um processo de acumulação e complementação dos direitos e não de suas alternâncias, razão pela qual o autor opta pela utilização da terminologia dimensões e não gerações de direitos fundamentais.

Acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais José Carlos Vieira Andrade<sup>58</sup> pontua que tal percurso encontra-se caracterizado pelas ideias de acumulação, variedade e abertura. Acumulação no sentido de que, no transcurso de cada momento histórico, novos direitos foram descobertos e agregados ao catálogo de direitos fundamentais, sem que, com a consagração de novos direitos, os antigos fossem descartados.

No que se refere à característica da variedade, ela se refere à falta de uma estrutura uniforme dos direitos fundamentais, bem como de suas diversas funções e dimensões normativas.<sup>59</sup>

Quanto à característica da abertura, esta é relativa ao histórico evolutivo dos direitos fundamentais, onde tal traço destaca-se na medida em que o rol de direitos fundamentais não se mostra fechado, pois surgem e são consagrados novos direitos. Outrossim, o autor aponta que tal característica também se revela quando não apenas direitos constitucionalmente positivados são tidos por fundamentais, mas também direitos não-escritos ou implícitos.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> MENDES et al., op cit., p. 234.

<sup>57</sup> SARLET, op cit., p. 45.

<sup>58</sup> ANDRADE, op cit., p. 67.

<sup>59</sup> Ibid., p. 68.

<sup>60</sup> Ibid., p. 68.

### 2.1.3 Concepções e conceitos de direitos fundamentais

Assim, traçadas as principais inspirações para o surgimento dos primeiros direitos fundamentais, cumpre explicitar o que se entende por estes direitos, o que, conforme a concepção filosófica adotada, implicará em um entendimento diverso.

Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>61</sup> relatam quatro posições filosóficas distintas acerca dos direitos fundamentais. Para os jusnaturalistas, esses direitos originam-se do direito natural e apresentam-se como anteriores e superiores ao Estado. Os positivistas, reconhecem-nos como decorrentes da lei e da regulação que dela decorre. Os idealistas concebem-nos como princípios e ideias abstratas reunidas com o passar do tempo. A posição realista, por sua vez, concebe-os como fruto das lutas sociais e políticas.

Verifica-se, ainda, no tocante aos direitos fundamentais, a existência de perspectivas, que, conforme José Carlos Vieira de Andrade<sup>62</sup>, são a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, a perspectiva estadual ou constitucional e a perspectiva universalista ou internacionalista.

Pela perspectiva filosófica ou jusnaturalista, os direitos fundamentais surgiram, primeiramente, como ideia, antes de serem positivados nos ordenamentos jurídicos. Correspondem à concepção de direitos fundamentais na sua acepção natural, como direitos absolutos, imutáveis e atemporais.<sup>63</sup>

Na perspectiva estadual ou constitucional, os direitos fundamentais são direitos e liberdades pertencentes aos indivíduos em face do poder estatal e fixados constitucionalmente. Destaca-se, em importância, a prescrição presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que se pode extrair uma nova concepção dos direitos fundamentais.<sup>64</sup>

Tal concepção nova de direitos fundamentais pode ser observada, conforme José Carlos Vieira de Andrade<sup>65</sup>, no artigo 16 da referida declaração de direitos, e cujo teor assenta que uma sociedade em que não há de forma determinada a separação de poderes e os direitos fundamentais não poderia existir uma constituição.

Assim, esta nova perspectiva dos direitos fundamentais pode ser sentida com a

---

<sup>61</sup> MENDES et al., op cit., p. 235.

<sup>62</sup> ANDRADE, op cit., p. 17.

<sup>63</sup> Ibid., p. 17.

<sup>64</sup> Ibid., p. 22.

<sup>65</sup> Ibid., p. 23.

referência da declaração francesa que faz a separação de poderes, na medida em que se apresenta como elemento essencial para a limitação do poder estatal absoluto, e também com a apresentação de direitos fundamentais como direitos constitucionalmente assegurados, o que acaba por conferir a estes um maior patamar na hierarquia das normas.<sup>66</sup>

Ademais, José Carlos Vieira de Andrade<sup>67</sup> aponta que a positivação constitucional de direitos fundamentais acaba por conceder a estes novas características que não se resumem à questão formal da norma. Tal caracterização constitucional acaba por alterar o sentido dos direitos fundamentais, passando estes a receber nova interpretação e regulação nos moldes previstos constitucionalmente.

A partir de sua previsão constitucional, os direitos fundamentais também passam a ter aplicabilidade imediata, tornando-se mais concretos, bem como passam a ter uma juridicidade específica, impondo seu poder de conformação a todo o ordenamento jurídico.<sup>68</sup>

Tem-se, ainda, a perspectiva universalista ou internacionalista, cujas origens remontam ao período posterior à Segunda Guerra Mundial, momento histórico em que se mostrou a necessidade de proteção de direitos fundamentais dos indivíduos em nível internacional.<sup>69</sup>

Tal perspectiva acabou por superar o princípio do *domestic affair* ou da não-ingerência, segundo o qual a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos deveria ser resguardada pelo seu Estado de origem. Com o estabelecimento da perspectiva universalista, firmou-se o princípio do *international concern*, segundo o qual o estabelecimento e efetiva fruição de direitos fundamentais constituem-se matérias de interesse internacional.<sup>70</sup>

Em se tratando de tentativas de conceituação dos direitos fundamentais, tem-se que os mesmos consistem, para José Afonso da Silva, em:

Situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.<sup>71</sup>

Adotando posição bastante restritiva, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>72</sup>

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 24.

<sup>67</sup> Ibid., p. 39.

<sup>68</sup> Ibid., p. 39.

<sup>69</sup> Ibid., p. 27.

<sup>70</sup> Ibid., p. 31.

<sup>71</sup> SILVA, 2002, p. 178.

<sup>72</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 119.

entendem que direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Tal conceituação se mostra limitada, na medida em que se prende apenas ao aspecto formal dos direitos fundamentais, restringindo-se a mencionar que tais direitos são aqueles previstos na Constituição.

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>73</sup> um direito é fundamental, no sentido jurídico-constitucional:

[...] não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo constituinte às normas de direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>74</sup> adota um conceito aberto de direitos fundamentais, tendo em vista o disposto no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal, dispondo acerca da existência de outros direitos fundamentais não só em dispositivos constitucionais diversos, mas também em tratados internacionais. O autor aponta, até mesmo, a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos, implícitos e decorrentes daqueles direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal.

Assim, há um sistema de direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico, mas que não se constitui em um sistema rígido, taxativo e exaustivo, mas em um sistema “aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”.<sup>75</sup>

#### 2.1.4 Fundamentalidade formal e fundamentalidade material

Ainda no que se refere aos conceitos de direitos fundamentais é relevante a noção material dos direitos fundamentais, ou fundamentalidade material. A princípio, Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>76</sup> apontam a dificuldade em se estabelecer uma conceituação material que abranja o maior número de direitos fundamentais possíveis, isto em razão do crescente

---

<sup>73</sup> SARLET, op cit., p. 76.

<sup>74</sup> Ibid., p. 71.

<sup>75</sup> Ibid., p. 70.

<sup>76</sup> MENDES et al., op cit., p. 236.

número de novos direitos exigidos por cada momento histórico.

No que toca à fundamentalidade formal, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>77</sup> pontua que esta relaciona-se ao direito constitucional positivo, significando que os direitos fundamentais apresentam-se no topo do ordenamento jurídico, possuindo uma natureza supralegal. Ademais, esta fundamentalidade formal implica que a reforma de seus dispositivos normativos está condicionada aos limites formais e materiais que recaem sobre normas constitucionais, bem como se referem a normas com aplicabilidade imediata, tanto perante o ente estatal como perante particulares.

Quanto à fundamentalidade material dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>78</sup> explicita que tal vertente refere-se à natureza dos direitos fundamentais como elementos constitutivos de decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade. Neste sentido, é através da fundamentalidade material, amparada pela fundamentalidade formal (previsão do artigo 5º, § 2º da Constituição Federal), que se permite a adição de novos direitos fundamentais não previstos expressamente como tal.

Dessa forma, uma visão que venha a caracterizar direitos fundamentais apenas em sua vertente de fundamentalidade formal resta insuficiente, uma vez que, além de a própria Constituição, admitir a existência de direitos fundamentais fora de seu catálogo, uma concepção meramente formalista não traz nenhum conhecimento acerca do conteúdo de tais direitos.<sup>79</sup>

Para José Carlos Vieira de Andrade<sup>80</sup> a especificação de um direito como fundamental independe de sua previsão em um texto constitucional, devendo-se buscar um critério substancial e unificador apto a definir se determinado direito é ou não fundamental.

Na busca de estabelecer uma unidade de sentido aos direitos fundamentais, o autor consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento apto a dar a referida unicidade. Ocorre que tal tarefa não se mostra tão simplificada, na medida em que diversos são os conceitos acerca da dignidade humana.<sup>81</sup>

Na concepção de José Carlos Vieira de Andrade<sup>82</sup> a dignidade da pessoa humana apresenta-se como o primeiro princípio fundamental da Constituição e base dos direitos fundamentais consagrados aos indivíduos constitucionalmente, e corresponderia em princípio a ser aplicado e interpretado considerando o ser humano indivíduo, a universalidade de seus

---

<sup>77</sup> SARLET, op cit., p. 74.

<sup>78</sup> SARLET, op cit., p. 75.

<sup>79</sup> Ibid., p. 75.

<sup>80</sup> ANDRADE, op cit., p. 74.

<sup>81</sup> Ibid., p. 93.

<sup>82</sup> Ibid., p. 96.

preceitos e, ainda, vislumbrando o homem como ser autônomo e livre. Ou seja, a dignidade humana reflete-se na perspectiva dos direitos fundamentais do homem como indivíduo e como membro do corpo social. Assim,

Neste contexto se deve entender o princípio da dignidade da pessoa humana – consagrado no artigo 1º como o primeiro princípio fundamental da Constituição – como o princípio de valor que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. Estes preceitos não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além dos seus actos e atributos.<sup>83</sup>

Contudo, mesmo considerando-se o princípio da dignidade humana como elemento que concede unidade de sentido e raiz dos direitos fundamentais, deve-se observar, que perante a diversidade de tais direitos, o grau de vinculação destes ao princípio da dignidade humana é variável.<sup>84</sup>

Assim, há direitos fundamentais cuja vinculação é primária à dignidade humana, tal como cita o autor o direito à vida, à identidade, à integridade pessoal, à liberdade. Uma outra gama de direitos são expressões secundárias da dignidade humana por decorrerem dos direitos citados, englobando, conforme José Carlos Vieira de Andrade<sup>85</sup>, o direito à saúde, à cultura, liberdade de imprensa e habitação.

Norberto Bobbio<sup>86</sup>, por sua vez, pondera que inexistente um fundamento absoluto (tido pelo autor como o fundamento irresistível) aos direitos do homem, uma vez que não há uma definição precisa do conteúdo desses direitos, não havendo, logicamente, como determinar um fundamento único acerca de um conteúdo indefinido.

Dentre as argumentações que refutam a ideia de um fundamento absoluto aos direitos do homem, se observa a variedade de direitos construídos historicamente e cujas concepções se mostram relativizadas no decorrer dos momentos históricos.<sup>87</sup>

Outro argumento apresentado por Norberto Bobbio<sup>88</sup> diz que a heterogeneidade dos direitos do homem reflete a diversidade de pretensões a serem resguardadas e que, muitas vezes, se mostram, inclusive, incompatíveis entre si, citando, como exemplo, o direito à expressão *versus* a protecção da moralidade pública.

Desta forma, como se poderia falar de um único fundamento aos direitos do

---

<sup>83</sup> Ibid., p. 96.

<sup>84</sup> Ibid., p. 97.

<sup>85</sup> Ibid., p. 98.

<sup>86</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004. p. 16.

<sup>87</sup> Ibid., p. 18.

<sup>88</sup> Ibid., p. 19.

homem se muitas vezes estes podem resguardar posições incompatíveis e contrárias entre si? Logo, só poderia se falar na existência de múltiplos fundamentos acerca dos direitos do homem, tendo em vista as razões expostas.<sup>89</sup>

Contudo, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como o princípio inspirador dos típicos direitos fundamentais (como a vida, liberdade, integridade física, segurança), ainda que existam direitos formalmente fundamentais e sem conexão direta com a dignidade da pessoa humana, ou seja, “os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana”.<sup>90</sup>

Assim, os autores Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>91</sup> apontam como elemento essencial ao conceito de direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana, que, para os autores, apresentam-se como instrumentos centrais para a proteção da dignidade, devendo tais normas restarem positivadas na Constituição.

Tal concepção acaba por tornar necessário o entendimento do que se compreende por dignidade humana, o que, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>92</sup>, configura-se como uma qualidade inerente da pessoa humana, constituindo-se em um complexo de direitos e deveres fundamentais a assegurar, não só, proteção contra atos degradantes, mas também garantir vida digna, protegendo a integridade física e moral dos indivíduos, fornecendo condições justas e adequadas de existência, isonomia perante todos e identidade que proporcione autonomia psíquica e intelectual.<sup>93</sup>

Assim,

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 a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.<sup>94</sup>

Ademais, a dignidade humana possui como elemento nuclear a autonomia e autodeterminação do ser humano, entendida como:

---

<sup>89</sup> Ibid., p. 19.

<sup>90</sup> MENDES et al., op cit., p. 237.

<sup>91</sup> Ibid., p. 231.

<sup>92</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b. p. 67.

<sup>93</sup> SARLET, 2009a, p. 103.

<sup>94</sup> Id., 2009b, p. 60.

[...] a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.<sup>95</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>96</sup> a dignidade humana mostra-se como uma categoria axiológica aberta, impossível de fixar uma definição, tendo em vista a pluralidade de valores presentes nas sociedades democráticas da atualidade, sendo um elemento cultural construído e não inato ao homem.

Desse modo o princípio da dignidade humana somente veio a ser reconhecido constitucionalmente após a Segunda Guerra Mundial, bem como após a sua menção expressa na Declaração Universal da Organização das Nações Unidas de 1948, que elenca a dignidade como atributo inerente a todo ser humano, sendo esta adquirida desde o seu nascimento:

Preâmbulo

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

[...]

Artigo 1

Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.<sup>97</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>98</sup> ainda pontua que o posicionamento onde a dignidade humana apresenta-se como um elemento agregador dos direitos fundamentais deve ser encarado com ressalvas, dada a extensão de direitos consagrados, onde nem todos possuem seu conteúdo fundamentado de forma direta no princípio da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, o próprio autor tem o princípio da dignidade humana como essência e identidade da Constituição, apresentando-o como o limite material implícito autônomo à reforma do texto constitucional.

No que toca à importância do princípio da dignidade humana frente aos direitos fundamentais, tal princípio mostra-se concreto (positivado), fundante e possibilita uma abertura e ampliação dos direitos fundamentais. Nestes termos se coloca José Carlos Vieira de Andrade<sup>99</sup>, para quem:

Em primeiro lugar, o princípio da *dignidade* de cada homem, entendido como *ser*

<sup>95</sup> Id., 2009a, p. 101.

<sup>96</sup> Ibid., p. 100.

<sup>97</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotado pela Assembléia-Geral em 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <[http://www.onubrasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 27 maio.2010.

<sup>98</sup> SARLET, 2009a, p. 95.

<sup>99</sup> ANDRADE, op cit., p. 49.

*livre e responsável*, é um princípio que, se regula e dá fundamento às normas jurídicas que lhe são referidas, não impõe, nem pode impor sem íntima contradição, um figurino determinado de homem: é um princípio que contribui para a abertura do sistema jurídico dos direitos fundamentais, não um princípio unicitário e totalizante que o encerra num dogmatismo, qualquer que ele seja.

Em segundo lugar, o princípio da dignidade humana não é uma mera abstracção, não vale como pura idealidade: nesta sua qualidade de princípio jurídico vigora em regra através das normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projectando-se na consciência jurídica constituinte da comunidade (Grifos do autor).

Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>100</sup> também se reportam à noção de dignidade da pessoa humana, afirmando, com respaldo nos ensinamentos de Martínez e Pujalte, que esta é reflexo da autoconsciência e liberdade humanas, ressaltando que, se o homem não pode abdicar de sua natureza, não poderia abdicar e sua dignidade.

Para Flávia Piovesan<sup>101</sup>:

Como se tem percebido, para além de se configurar em princípio constitucional fundamental, a dignidade da pessoa humana possui um *quid* que a individualiza de todas as demais normas dos ordenamentos aqui estudados, dentre eles o brasileiro. Assim, deitando seus próprios fundamentos no ser humano em si mesmo, como ente final, e não como meio, em reação à sucessão de horrores praticados pelo próprio ser humano, lastreado no próprio direito positivo, é esse princípio, imperante nos documentos constitucionais democráticos, que unifica e centraliza todo o sistema; e que, com prioridade, reforça a necessária doutrina da força normativa dos princípios constitucionais fundamentais.

A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, o panorama maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.

Assim sendo, a importância da dignidade da pessoa humana acaba individualizando tal norma jurídica frente as demais, bem como a eleva a uma condição acima de princípio, entendido como superprincípio, conforme exposição acima.

### 2.1.5 Características dos direitos fundamentais

Sabendo-se que a conceituação dos direitos fundamentais se mostra tormentosa, tendo em vista a diversidade de direitos pautados não unicamente em uma mesma fundamentalidade material, difícil também se mostra uma caracterização rígida de todo o rol de direitos fundamentais.

Contudo, conforme Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>102</sup>, há um elenco de

<sup>100</sup> MENDES et al., op cit., p. 243.

<sup>101</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 366.

<sup>102</sup> MENDES et al., op cit., p. 239.

características inerentes aos direitos fundamentais, comumente citadas pela doutrina, cuja análise e crítica se mostra relevante para a compreensão destes direitos.

A caracterização dos direitos fundamentais surgiu dada a inspiração jusnaturalista em configurá-los como inatos, absolutos, invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis. Abandonando a concepção jusnaturalista, José Afonso da Silva<sup>103</sup> cita, como características dos direitos fundamentais, a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade.

Para a historicidade os direitos fundamentais são históricos, fruto da evolução histórica que os amplia, restringe e altera, e essa característica acaba refutando a ideia jusnaturalista de que os direitos fundamentais seriam absolutos e fruto da própria essência do homem.<sup>104</sup> Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>105</sup> asseveram, quanto a tal característica, que esta ressalta a índole evolutiva dos direitos fundamentais, resultado das lutas em prol de direitos.

No que se refere à inalienabilidade, tem-se que os direitos fundamentais são inegociáveis e indisponíveis, por não serem economicamente quantificáveis e atribuídos a todos os indivíduos<sup>106</sup>. Tal característica possui assento na dignidade da pessoa humana, uma vez que para estes um direito inalienável “não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente”.<sup>107</sup>

Quanto à imprescritibilidade tal característica se impõe, na medida em que os direitos fundamentais são exigíveis a qualquer tempo, independente de qualquer prazo prescricional.<sup>108</sup> Contudo, deve ser observado que tal imprescritibilidade refere-se tão-somente à exigibilidade de direitos personalíssimos e de caráter não patrimonial, devendo tal característica ser relativizada e considerada não absoluta.

Com relação à irrenunciabilidade esta significa que os direitos fundamentais podem, até mesmo, não ser exercidos, mas não renunciados.<sup>109</sup> A indisponibilidade recairia, justamente, sobre aqueles direitos fundamentais protetivos das potencialidades de autodeterminação do ser humano, como o direito a vida e à saúde física e mental.<sup>110</sup>

Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>111</sup> também analisam as características dos direitos fundamentais referentes à ideia de estes serem universais e absolutos. Para eles trata-se de

---

<sup>103</sup> SILVA, op cit., p. 181.

<sup>104</sup> SILVA, op cit., p. 181.

<sup>105</sup> MENDES et al., op cit., passim.

<sup>106</sup> SILVA, op cit., p. 181.

<sup>107</sup> MENDES et al., op cit., p. 242.

<sup>108</sup> SILVA, op cit., p. 182.

<sup>109</sup> Ibid., p. 182.

<sup>110</sup> MENDES et al., op cit., p. 243.

<sup>111</sup> Ibid., p. 240.

uma concepção errônea, na medida em que alguns direitos fundamentais não seriam universais, pois, apesar de pertencerem a todos, não seriam de interesse geral (como os direitos dos trabalhadores). Da mesma forma, não se mostra correta a afirmação de que os direitos fundamentais são absolutos, uma vez que podem ser restringidos quando em colisão com outros direitos também fundamentais.

Os autores referidos ainda apontam a característica da constitucionalização, revelando que todos os direitos fundamentais possuem natureza constitucional. Em razão de tal característica, acaba surgindo uma outra, a da vinculação dos poderes aos direitos fundamentais, justamente em razão do *status* constitucional destes.<sup>112</sup>

Tal vinculação dos poderes é sentida, no que toca ao Legislativo, na necessidade de que sua produção seja compatível com os direitos fundamentais, possibilitando, inclusive, quando da omissão de normas regulamentares de direitos fundamentais, o manejo dos instrumentos do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Quanto ao Executivo a vinculação é sentida quando atos administrativos são praticados em desconformidade com os direitos fundamentais, encontrando-se, portanto, revestidos de nulidade.<sup>113</sup>

Quanto ao Judiciário, centro do presente estudo, sua vinculação aos direitos fundamentais representa a própria essência do exercício de sua função constitucional. Nestes termos:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.<sup>114</sup>

No que se refere à característica da aplicabilidade imediata, Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>115</sup> apontam que, pelo fato de os direitos fundamentais serem constitucionais, fruto do trabalho de um constituinte originário e reflexo da soberania do povo, não poderiam ficar à mercê do legislador para que seus dispositivos tenham aplicabilidade. A previsão de tal característica encontra-se expressa na Constituição Federal em seu artigo 5º, §1º.

Esta norma constitucional é considerada como norma-princípio, ou seja, um

---

<sup>112</sup> Ibid., p. 245.

<sup>113</sup> Ibid., p. 245.

<sup>114</sup> Ibid., p. 250.

<sup>115</sup> Ibid., p. 251.

mandamento de otimização que busca oferecer uma maior eficácia possível aos direitos fundamentais, ressaltando que estes direitos não são apenas normas programáticas, mas sim normas preceptivas, aptas a regular diretamente relações jurídicas.<sup>116</sup>

Relacionando tal característica ao papel do Judiciário Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>117</sup> asseveram que:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Ainda acerca das características dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade<sup>118</sup> pontua que, em se tratando de tais direitos, três critérios possibilitam a definição do que ele chama de domínios dos direitos fundamentais.

O primeiro destes critérios é a existência de um radical subjetivo em se tratando de direitos fundamentais, o que significa a presença preponderante de posições jurídicas subjetivas pertencentes a todos os indivíduos.

No segundo critério utilizado observa-se que haverá a proteção e garantia de bens jurídicos essenciais aos indivíduos. E, no terceiro critério, os direitos fundamentais possuem uma intenção específica e primária que é a proteção do ser humano conforme os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>119</sup>

#### 2.1.6 Dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Em se tratando de uma análise acerca dos direitos fundamentais, se mostra relevante analisar o que se entende por suas dimensões objetiva e subjetiva, dimensões que, se inter-relacionam e se complementam.<sup>120</sup>

A questão das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais foi citada na Corte Federal Constitucional alemã em 1958, e através do caso Lüth, já mencionava-se que

---

<sup>116</sup> Ibid., p. 251.

<sup>117</sup> Ibid., p. 252.

<sup>118</sup> ANDRADE, op cit., p. 79.

<sup>119</sup> Ibid., p. 79.

<sup>120</sup> MENDES et al., op cit., p. 265.

os direitos fundamentais constituem-se não só como um direito subjetivo dos indivíduos, mas também como decisões constitucionais objetivas, eficazes perante todo o ordenamento jurídico e vinculativas para os três poderes.<sup>121</sup>

Em síntese, a dimensão subjetiva entende os direitos fundamentais como capazes de reger efetivamente relações jurídicas, enquanto a dimensão objetiva considera os direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Neste sentido:

Enfatizou-se, até aqui, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que é a mais afeiçoada às suas origens históricas e às suas finalidades mais elementares. A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à característica desses direitos de, em maior ou em menor escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou então essa dimensão se expressa no poder da vontade em produzir efeitos sobre certa relação jurídica.<sup>122</sup>

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais participam da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para a sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esses fenômenos fazem com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.<sup>123</sup>

A citada dimensão objetiva acarretaria em situações vantajosas no campo dos direitos fundamentais, na medida em que estes perderiam sua concepção individualista, bem como passariam a ser mais bem tutelados, pois, sendo entendidos como princípios, passam a ter um valor em si mesmo.<sup>124</sup>

A dimensão objetiva acaba por impor ao Estado um dever de proteção em face de qualquer desrespeito aos direitos fundamentais, seja provocado pelo Estado ou mesmo por particulares. Verifica-se, desta forma, que esta concepção contempla não só um direito à prestação dos direitos fundamentais como um direito de defesa.<sup>125</sup>

Com relação à dimensão objetiva, esta não deixa de se caracterizar por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>126</sup> como uma eficácia dirigente e irradiante, configurando-se como uma imposição e um dever aos entes do Estado para que sejam efetivados os direitos fundamentais, além de que tal dimensão, acaba proporcionando um referencial ao controle de constitucionalidade e um referencial para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Ademais, a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais também estabelece referencial para a constituição de organizações estatais e seus procedimentos.<sup>127</sup>

---

<sup>121</sup> SARLET, 2009a, p. 143.

<sup>122</sup> MENDES et al., op cit., p. 265.

<sup>123</sup> Ibid., p. 266.

<sup>124</sup> Ibid., p. 266.

<sup>125</sup> Ibid., p. 267.

<sup>126</sup> SARLET, 2009a, p. 146.

<sup>127</sup> Ibid., p. 150.

Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade<sup>128</sup> também se manifesta, apontando a existência tanto de uma dimensão subjetiva, quanto de uma dimensão objetiva, não se limitando à concepção de que, por se constituírem os direitos fundamentais em direitos subjetivos, estes estariam inseridos em um direito objetivo.

No que se refere à dimensão subjetiva esta significa que direitos fundamentais correspondem a posições jurídicas individuais, ou seja, direitos subjetivos fundamentais revestidos de individualidade, universalidade e fundamentalidade.<sup>129</sup>

São individuais, na medida em que os direitos fundamentais podem ser individualizados aos seus titulares, isto em regra, uma vez que se vislumbram os direitos de exercício coletivo que são exercitados por um grupo de indivíduos.<sup>130</sup> A marca da universalidade se mostra pelo fato de que os direitos fundamentais são inerentes a todos os indivíduos simplesmente por serem humanos.<sup>131</sup> Já a característica da fundamentalidade toca na sua vertente substancial de proteção da dignidade humana.<sup>132</sup>

A dimensão subjetiva, para José Carlos Vieira de Andrade<sup>133</sup>, implica em um aspecto funcional, quando busca a satisfação dos titulares de direitos fundamentais, por outro lado ela carrega um aspecto estrutural, posto que os direitos fundamentais visam proteger um bem ou espaço de autodeterminação individual cujas consequências implicam na possibilidade de exigir comportamentos e na produção automática de efeitos jurídicos de determinados preceitos.

Para José Carlos Vieira de Andrade<sup>134</sup> a dimensão objetiva se constituiria em uma propagadora de efeitos jurídicos, complementando a dimensão subjetiva, uma vez que os preceitos constitucionais produzem efeitos que vão além de posições jurídicas subjetivas e reconhecimento de direitos individuais, e cuja função acarreta uma maior carga de imperatividade aos direitos fundamentais e um maior poder de influência dos preceitos fundamentais na produção normativa e na sociedade.

Em síntese, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é entendida como uma dimensão principal a que corresponde todas as faculdades referentes a direitos individuais, e a dimensão objetiva corresponde a uma dimensão normativa de garantias ou deveres que não se

---

<sup>128</sup> ANDRADE, op cit., p. 108.

<sup>129</sup> Ibid., p. 111.

<sup>130</sup> Ibid., p. 116.

<sup>131</sup> Ibid., p. 127.

<sup>132</sup> Ibid., p. 132.

<sup>133</sup> Ibid., p. 112.

<sup>134</sup> Ibid., p. 109.

equipare a direitos individuais.<sup>135</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>136</sup>, a dimensão subjetiva possibilita ao titular de determinado direito fundamental exigí-lo judicialmente, na medida em que os indivíduos possuem os direitos fundamentais como direitos subjetivos, ressaltando que estes mostram-se exigíveis em diferentes graus.

### 2.1.7 Âmbito de proteção dos direitos fundamentais

Por âmbito de proteção dos direitos fundamentais, entendem Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>137</sup>, como a coleção dos pressupostos de fato e de direito abrangidos pela norma fundamental, bem como a consequência comum a todos os direitos fundamentais, que é a proteção fundamental. Assim, o estabelecimento do âmbito de proteção de norma fundamental deve considerar os bens jurídicos tutelados, a amplitude da proteção dispensada, bem como identificar as restrições constitucionais expressas e as reservas legais de índole restritiva.<sup>138</sup>

Segundo os autores referidos, em se tratando do âmbito de proteção de certo direito fundamental não se mostra suficiente, apenas, a determinação do objeto a ser protegido por tal direito, mas também contra quais agressões este direito deve ser resguardado. Assim, o âmbito de proteção e proteção efetiva e definitiva não se confundem, possibilitando-se que determinado caso tenha sua legitimidade aferida apenas em uma dada situação concreta.<sup>139</sup>

As restrições e âmbito de proteção apresentam-se relacionados, na medida em que quanto maior o âmbito de proteção maior seria a possibilidade que determinado ato estatal venha a ser considerado restritivo. Ao contrário, quanto menor o âmbito de proteção de uma dada norma, menor é a possibilidade de que um ato estatal seja restritivo a tal direito.<sup>140</sup>

Dentre os âmbitos de proteção, Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>141</sup> observam a existência de um âmbito de proteção estritamente normativo, onde o legislador fixa a amplitude, a conformação e as restrições a determinados direitos fundamentais, confiando-se ao legislador ordinário o próprio conteúdo do direito. Exemplos de direitos fundamentais de

---

<sup>135</sup> Ibid., p. 110.

<sup>136</sup> SARLET, 2009a, p. 152.

<sup>137</sup> MENDES et al., op cit., p. 294.

<sup>138</sup> Ibid., p. 296.

<sup>139</sup> Ibid., p. 295.

<sup>140</sup> Ibid., p. 295.

<sup>141</sup> Ibid., p. 295.

proteção estritamente normativa seriam os direitos à propriedade e à proteção judiciária.

Apesar da ampla possibilidade de atuação do legislador, que através de sua atuação obriga e vincula a atuação estatal em relação a determinado direito, deve-se observar que tal papel de conformador de direitos não se mostra livre e ilimitado, na medida em que os direitos fundamentais devem ser resguardados.<sup>142</sup>

A respeito do âmbito de proteção de direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade<sup>143</sup> trata dessa matéria com a nomenclatura de domínio de proteção, afirmando que o resguardo de um direito fundamental ocorrerá de forma decrescente a contar de parte de seu conteúdo denominado núcleo essencial.

Assim, o domínio de proteção dos direitos fundamentais, possui como referência mais forte o núcleo essencial, que corresponde à parte do conteúdo principal dos direitos fundamentais que também é composto por um conteúdo instrumental.<sup>144</sup>

Por conteúdo instrumental entende-se aquele “que incluirá outras faculdades ou deveres, que, não constituindo o programa normativo do direito em si, decorrem directamente da necessidade de sua efectivação, visando assegurar o seu respeito, a sua protecção ou a sua promoção”.<sup>145</sup>

O conteúdo principal dos direitos fundamentais corresponde às garantias específicas do bem protegido e abrange as denominadas camadas envolventes, que à exclusão do núcleo essencial, referem-se a outros valores inerentes ao direito protegido, mas que possuem uma menor proteção, tendo em vista serem menos típicos ou importantes. Quanto ao núcleo essencial esse significa:

As faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que correspondem à projecção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental.<sup>146</sup>

Assim, para José Carlos Vieira de Andrade<sup>147</sup> o âmbito de proteção dos direitos fundamentais apresenta-se de forma gradativa, onde a maior proteção encontra-se dispensada ao núcleo essencial do direito fundamental em questão, e, de forma menos intensa, para o conteúdo instrumental dos direitos fundamentais.

---

<sup>142</sup> Ibid., p. 299.

<sup>143</sup> ANDRADE, op cit., p. 165.

<sup>144</sup> ANDRADE, op cit., p. 165.

<sup>145</sup> Ibid., p. 165.

<sup>146</sup> Ibid., p. 165.

<sup>147</sup> Ibid., passim.

### 2.1.8 Possibilidade de restrições a direitos fundamentais

Em se tratando das restrições aos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>148</sup> apontam a existência de duas correntes, uma interna e outra externa, que traçam considerações acerca do direito fundamental e da relação deste com as suas restrições.

A teoria interna considera que direito fundamental e restrição não se apresentam de forma autônoma, ou seja, não há um direito sujeito a restrição, mas um direito com um conteúdo definido, com um limite que é inerente à própria definição do direito. Para esta concepção direitos fundamentais identificam-se como regras por se constituírem em posições definitivas.<sup>149</sup>

A teoria externa, no entanto, considera que direitos e restrições apresentam-se como categorias distintas, uma vez que o direito, a princípio ilimitado, perde tal característica com a restrição. Tais categorias, direito e restrição, se relacionariam quando da compatibilização de direitos individuais e coletivos, e, para tal teoria, os direitos individuais são vistos como princípios e consagram posições *prima facie*, não definitivas, e, portanto, sujeitas à ponderação.<sup>150</sup> Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>151</sup>, adotam-na como sendo a mais correta ao entendimento dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido Robert Alexy<sup>152</sup>, ao referir-se às características das regras e princípios, afirma que os princípios possuem um mandamento *prima facie*, na medida em que devem ser realizados da melhor forma possível considerando-se as realidades fáticas e jurídicas em questão, pois representam razões que se confrontam com outras razões (princípios) contrários, não possuindo, portanto, conteúdo e extensão determinados.

As regras devem ser realizadas conforme foram prescritas, de acordo com seu conteúdo e extensão previamente estabelecidos, e, eventualmente, caso as condições fáticas e jurídicas não sejam favoráveis, pode ocorrer a não aplicação da regra (relativizando sua aplicação na forma do tudo-ou-nada).<sup>153</sup> Ademais, as regras apresentam um caráter *prima facie* de sentido distinto dos princípios, que consiste na existência de decisões das autoridades legitimadas ou de práticas reiteradas.<sup>154</sup>

Também tratando da teoria externa e interna a respeito da possibilidade de

---

<sup>148</sup> MENDES et al., op cit., p. 300.

<sup>149</sup> Ibid., p. 300.

<sup>150</sup> Ibid., p. 300.

<sup>151</sup> Ibid., p. 301.

<sup>152</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 103.

<sup>153</sup> Ibid., p. 104.

<sup>154</sup> Ibid., p. 106.

restrições aos direitos fundamentais, Robert Alexy<sup>155</sup> adota as mesmas concepções de Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>156</sup> definindo a externa como “normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”, refere-se à possibilidade de restrição a direitos fundamentais desde que tais normas restritivas sejam constitucionais.<sup>157</sup>

Assim, considerando-se a teoria externa e a possibilidade de restrições dos direitos fundamentais, Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>158</sup> pontuam acerca dos tipos de restrições que podem ser observadas. Desta forma, há restrições expressas (imediatas), que são aquelas previstas textualmente na Constituição Federal, e há as mediatas (reserva legal), que consistem em restrições previstas em lei ordinária fundamentada na Constituição Federal.

Robert Alexy<sup>159</sup> também apresenta classificação sobre restrições aos direitos fundamentais, estabelecendo restrições diretamente constitucionais, como aquelas estabelecidas constitucionalmente, e restrições indiretamente constitucionais, como as que possuem escala infraconstitucional, mas detém autorização constitucional para sua elaboração.

Contudo, ponderam Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>160</sup>, que a falta de previsão de reservas legais restritivas não significa maior efetividade aos direitos fundamentais, tendo em vista que a interpretação pode reduzir o âmbito de proteção da norma fundamental.

Da mesma forma haverá um prejuízo à proteção fundamental quando se observa um abuso na utilização das restrições por reserva legal, uma vez que ao mesmo tempo em que estas podem impedir um maior número de conflitos entre direitos fundamentais, também podem reduzir ou anular a referida proteção.<sup>161</sup> Apesar da vinculação do legislador ao direito fundamental a ser regulado, esta não deve ser tão rígida, sob pena da tarefa legislativa se reduzir a simples declaração do já previsto expressamente na Constituição Federal, o que caracterizaria não uma reserva legal, mas uma restrição imediata.<sup>162</sup>

As restrições indiretas, quanto à sistematização, podem configurar-se em restrições simples, onde o constituinte ao prever dada restrição não traça qualquer consideração sobre o conteúdo desta, que deve ser especificado pelo legislador. Já com relação à restrição qualificada, os requisitos e objetivos da restrição a determinado direito

---

<sup>155</sup> Ibid., p. 281.

<sup>156</sup> MENDES et al., op cit., passim.

<sup>157</sup> ALEXY, op cit., p. 281.

<sup>158</sup> MENDES et al., op cit., p. 302.

<sup>159</sup> ALEXY, op cit., p. 286.

<sup>160</sup> MENDES et al., op cit., p. 305.

<sup>161</sup> Ibid., p. 305.

<sup>162</sup> Ibid., p. 306.

fundamental já se apresentam estabelecidos pela própria Constituição Federal.<sup>163</sup>

Com relação às normas constitucionais que preveem direitos fundamentais não sujeitos a uma reserva legal expressa há possibilidade de atuação do legislador em restringir tais direitos, tendo em vista a previsão de cláusula de reserva legal subsidiária presente no artigo 5º, II da Constituição Federal (“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), cuja utilização deverá estar pautada constitucionalmente.<sup>164</sup> Contudo, observa-se que o legislador, ainda que diante de tal cláusula, não pode cometer abusos que acabem por esvaziar o conteúdo da proteção fundamental restringida.

### 2.1.9 Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais exercem determinadas funções que geram classificações importantes no estudo de tais direitos. Destacam-se as considerações de Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>165</sup>, para quem esses direitos se classificam, conforme suas funções, em direitos de defesa, direitos a prestação, direitos a prestação jurídica, direitos a prestações materiais e direitos de participação.

No caso dos direitos de defesa estes se referem a uma posição de abstenção estatal no tocante às liberdades individuais, proibindo qualquer atuação do Estado tendente a eliminar direitos assegurados.<sup>166</sup> Podem ser exemplificados como os direitos à liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de crença e de culto, liberdade de locomoção, dentre outros.

Direitos a prestação já estão relacionados a prestações positivas, em que a atuação estatal estaria voltada para a eliminação de desigualdades sociais. Ainda em se tratando de direitos a prestação, há o direito a prestação jurídica como o direito a elaboração legislativa no tocante a matéria penal e procedimental, favorecendo o acesso ao Judiciário pelos indivíduos.<sup>167</sup>

Observa-se, também, o direito a prestações materiais, entendido por Gilmar

---

<sup>163</sup> Ibid., p. 306.

<sup>164</sup> Ibid., p. 313.

<sup>165</sup> Ibid., p. 254.

<sup>166</sup> Ibid., p. 255.

<sup>167</sup> Ibid., p. 258.

Ferreira Mendes et al.<sup>168</sup>, aqueles direitos que em sentido estrito, buscam a divisão da riqueza no Estado, alcançando direitos sociais como educação e saúde. Apresentam-se, ao menos em sua maioria, como dependentes da atuação legislativa para uma ampla produção de efeitos, destacando-se sua função de parâmetro para avaliação de constitucionalidade destas normas que venham a regulá-los, bem como a possibilidade de revogação de diplomas legislativos que com elas se mostrem incompatíveis.<sup>169</sup>

Por fim, dentro das funções de direitos fundamentais, tem-se os direitos de participação, que possuem como elemento caracterizador a possibilidade ofertada aos indivíduos de influenciarem e definirem as decisões acerca do Estado brasileiro.<sup>170</sup> São os direitos políticos constitucionalmente consagrados.

#### 2.1.10 Classificação dos direitos fundamentais

Dentre os direitos protetivos das liberdades públicas em face do Estado tem-se os direitos fundamentais, verificando-se que estes se encontram presentes nos artigos 5º a 17 da Constituição Federal, e classificam-se, conforme a disposição deste diploma legal, em direitos individuais (artigo 5º), direitos coletivos (artigo 5º), direitos sociais (artigo 6º e 193 e seguintes), direitos à nacionalidade (artigo 12) e direitos políticos (artigos 14 a 17).

Segundo José Afonso da Silva<sup>171</sup>, em que pese a classificação dos direitos fundamentais conforme a disposição do texto constitucional, deve-se considerar que tais categorias de direitos devem se integrar harmonicamente.

No que tange à temática da classificação dos direitos fundamentais, observa-se o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade<sup>172</sup>, para quem os direitos fundamentais classificam-se, conforme o seu conteúdo ou modo de proteção, em direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestações.

Assim, os direitos de defesa correspondem ao direito de impedir, ou seja, o direito a uma abstenção estatal, ou dever de não-interferência nas liberdades individuais como a vida, liberdade, honra e intimidade.<sup>173</sup> Já os direitos a prestações implicariam um direito a uma

---

<sup>168</sup> Ibid., p. 259.

<sup>169</sup> Ibid., p. 262.

<sup>170</sup> Ibid., p. 265.

<sup>171</sup> SILVA, op cit., p. 184.

<sup>172</sup> ANDRADE, op cit., p. 168.

<sup>173</sup> Ibid., p. 168.

prestação positiva do Estado para a proteção de direitos fundamentais, tanto em face da atuação de terceiros, como para o fornecimento de condições materiais ou jurídicas para o exercício efetivo de direitos fundamentais.

Os direitos de participação implicam um misto de direitos de defesa e direitos a prestações e constitui-se em categoria autônoma, tendo em vista sua função de garantir a participação dos indivíduos na vida política.<sup>174</sup>

Contudo, em que pese a classificação apresentada, José Carlos Vieira de Andrade<sup>175</sup> pondera que, em verdade, a grande classificação e divisão dos direitos fundamentais é a que os separa em direitos, liberdades e garantias de um lado e direitos econômicos, sociais e culturais de outro.

Os direitos, liberdades e garantias compreenderiam aqueles direitos fundamentais que mais perto se encontram e se relacionam com a dignidade da pessoa humana e que possuem como função primária a defesa da autonomia dos indivíduos e que podem apresentar prestações positivas de forma secundária e instrumental para serem assegurados.<sup>176</sup>

No que se refere aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais estes possuem como caráter primário e conteúdo essencial as prestações estatais positivas, sendo denominados, de forma abreviada pelo autor, de direitos sociais.<sup>177</sup>

No que se refere à categoria de direitos fundamentais a prestações Robert Alexy<sup>178</sup> a classifica em direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito. Os direitos a proteção caracterizam-se pelo dever do Estado em proteger o titular de direitos fundamentais em face da ação de terceiros, exemplificados, ainda segundo o autor<sup>179</sup>, como o direito de ser resguardado contra homicídios e proteção contra o uso de energia nuclear.

Os direitos a organização e procedimento significam que a produção legislativa acerca de organização e procedimento deve objetivar uma conformidade com os direitos fundamentais, englobando tanto o dever de criação de normas procedimentais, como o dever de realização de determinada interpretação e aplicação.<sup>180</sup>

Os direitos a prestações em sentido estrito referem-se aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à saúde, e caracterizam-se como:

---

<sup>174</sup> Ibid., p. 168.

<sup>175</sup> Ibid., p. 172.

<sup>176</sup> Ibid., p. 174.

<sup>177</sup> Ibid., p. 172.

<sup>178</sup> ALEXY, op cit., p. 444.

<sup>179</sup> Ibid., p. 450.

<sup>180</sup> Ibid., p. 474

[...] direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter dos particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos à prestação em sentido estrito.<sup>181</sup>

Robert Alexy<sup>182</sup> ainda estabelece uma distinção acerca de direitos fundamentais a prestações e direitos fundamentais sociais. Os direitos a prestações seriam interpretações sociais dos direitos à liberdade e igualdade, por não estarem previstos expressamente no texto constitucional seriam concedidos através da interpretação. Já os direitos fundamentais sociais seriam aqueles expressamente previstos na Constituição.

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>183</sup> os direitos fundamentais estariam classificados em direitos fundamentais como direitos de defesa; como direitos a prestações, subdividindo-se em direitos a prestações em sentido amplo (abrangendo direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento) e direitos a prestações em sentido estrito (direitos materiais sociais).

Conforme a importância ao presente estudo, a concentração da análise recairá nos direitos a prestações que são:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.<sup>184</sup>

Dentre os direitos a prestações Ingo Wolfgang Sarlet<sup>185</sup> os classifica, conforme seu objeto, em direitos a prestações fáticas ou materiais e direitos a prestações jurídicas ou normativas, bem como estabelece uma classificação destes direitos em direitos derivados a prestações e direitos originários a prestações.

Os direitos derivados a prestações são entendidos como direitos que não decorrem diretamente de normas constitucionais, mas sim da realização destas normas pelo legislador infraconstitucional. Já os direitos originários a prestações são aqueles que podem ser concedidos diretamente pela norma constitucional, independente da existência de qualquer

---

<sup>181</sup> Ibid., p. 499.

<sup>182</sup> Ibid., p. 499.

<sup>183</sup> SARLET, 2009a, p. 167.

<sup>184</sup> Ibid., p. 184.

<sup>185</sup> Ibid., p. 187.

sistema de oferecimento de tais direitos pelo Estado.<sup>186</sup>

## 2.2 Direitos Sociais

Conforme Norberto Bobbio<sup>187</sup>, os direitos sociais surgiram, pela primeira vez, no título I da Carta Constitucional francesa de 1791, sendo que estes foram retomados na Declaração de Direitos de 1793. Em tais diplomas os direitos sociais foram apresentados, pioneiramente, com a instituição da instrução pública e de medidas trabalhistas em prol da população pobre. Já na Constituição de Weimar os direitos sociais se apresentaram de forma mais ampla, por pertencer ao constitucionalismo moderno.

Norberto Bobbio<sup>188</sup> destaca o papel de complementariedade dos direitos sociais frente aos direitos de liberdade, na medida em que os direitos sociais, uma vez alcançados e proporcionando condições econômicas e uma vida digna, possibilitariam o livre exercício dos direitos de liberdade.

No Estado brasileiro, José Afonso da Silva<sup>189</sup> diz que a Constituição de 1934 foi pioneira ao trazer um título específico sobre a ordem econômica e social, tendo como inspiração a citada Constituição de Weimar do Estado alemão. Contudo, os direitos sociais na Carta Constitucional de 1934 eram apenas considerados preceitos éticos, cuja observância ficaria a critério do Executivo, conforme Cláudia Maria da Costa Gonçalves.<sup>190</sup>

Nestes termos tem-se a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934 prevendo, em seu Título IV, matéria atinente à ordem social e econômica, prevendo disposições acerca da economia popular, das minas, jazidas minerais, águas, energia hidráulica, direitos dos trabalhadores, e de forma bastante superficial o direito à saúde. Assim, prevê o artigo 138 da Constituição brasileira de 1934:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;

---

<sup>186</sup> Ibid., p. 188.

<sup>187</sup> BOBBIO, op cit., p. 206.

<sup>188</sup> Ibid., p. 206.

<sup>189</sup> SILVA, op cit., p. 284.

<sup>190</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 93.

- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Deve-se observar que direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais que objetivam uma igualdade efetiva para todos, na medida em que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>191</sup>, estes são essenciais e representam um dever estatal a prestações, bem como pela expressa disposição constitucional por abranger direitos sociais no campo dos direitos fundamentais.

Tais direitos apresentam uma conceituação ampla e de dupla dimensão, que não se limita a direitos prestacionais (dimensão positiva), mas também abrange direitos de defesa (dimensão negativa) ou liberdades sociais (constituindo um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*).<sup>192</sup>

Para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>193</sup>, os direitos sociais constituem-se em direitos, acima de tudo, consagrados ao indivíduo, pois em que pese a sua denominação social, a titularidade destes, também, é individual, posição esta encampada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal:

Em verdade, como bem demonstra José Ledur, a dimensão individual e coletiva (assim como difusa) coexistem, de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva, como ocorre, além dos casos já referidos, dentre outros que poderiam ser colacionados, no caso do mandado de segurança coletivo. Aliás, embora não argumentando com base na generalidade dos direitos sociais, tal linha argumentativa foi desenvolvida também em julgado do Supremo Tribunal Federal, precisamente sustentando a coexistência de uma titularidade individual e coletiva do direito à saúde, sem prejuízo da existência de significativa jurisprudência reconhecendo, há tempo, um direito subjetivo individual a prestações em matérias de saúde<sup>194</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>195</sup> ainda mostra, dentre outras argumentações, que a posição de certos autores em considerar os direitos sociais como de titularidade apenas coletiva deriva da confusão existente entre as categorias direitos fundamentais sociais e políticas públicas.

Essas categorias não se confundem, na medida em que há direitos sociais que não representam direitos prestacionais, bem como pelo fato de existirem direitos originários a

---

<sup>191</sup> SARLET, 2009a, p. 82.

<sup>192</sup> Ibid., p. 173.

<sup>193</sup> Ibid., p. 173.

<sup>194</sup> Ibid., p. 215.

<sup>195</sup> Ibid., p. 205.

prestações.<sup>196</sup> Além disto, o controle de política pública veiculadora de direito fundamental não se confunde com a tutela jurisdicional que obriga o Estado a prestar determinado direito fundamental não assegurado a determinado indivíduo. Nestes termos:

Políticas públicas não se confundem com os direitos fundamentais, designadamente como direitos subjetivos (individuais e/ou coletivos) que são veiculados por meio de políticas públicas, o que não afasta a possibilidade de um direito a que o Estado atue mediante políticas públicas, precisamente como forma de assegurar a efetividade de direitos fundamentais. Assim, além do controle da política pública como tal, que evidentemente resulta também na tutela de direitos, cuida-se de algo distinto quando se busca, muitas vezes já com base em determinada política pública (como bem revela o caso da legislação que obriga o poder público ao fornecimento de medicamentos) obrigar o Estado a efetivamente assegurar prestação ao indivíduo ou conjunto de indivíduos que deixou de ser atendido.<sup>197</sup>

José Carlos Vieira de Andrade<sup>198</sup> frisa que os direitos fundamentais sociais caracterizam-se, em sentido estrito, como os já referidos direitos econômicos, sociais e culturais, cujo principal traço são as prestações positivas do Estado, dotadas de força jurídica especial, tendo em vista sua fundamentalidade material assentar-se na dignidade da pessoa humana. Ainda de acordo com o autor<sup>199</sup>, o estabelecimento de direitos sociais prestacionais acaba por gerar novos parâmetros e concepções acerca dos direitos fundamentais por romperem com um padrão individualista, passando para uma ideia de direitos de um indivíduo agora socialmente incluído.

Desses modo, José Carlos Vieira de Andrade<sup>200</sup> diz que com o desenvolvimento de direitos sociais os direitos fundamentais passaram a possuir uma função social, deixando, portanto, de ser totalmente individualistas para se tornarem limitáveis pela função social que exercem, como, por exemplo, a existência de uma função social da propriedade.

Tem-se que outra característica inerente aos direitos sociais trata da dependência de tais direitos dos recursos sociais disponíveis e opções políticas tomadas, não se vinculando mais apenas e exclusivamente às necessidades individuais.<sup>201</sup>

Observa-se, também, que, em se tratando de direitos sociais, estes exigem condições objetivas a serem desenvolvidas pelo Estado para serem efetivados, não bastando uma mera consagração formal desses direitos, destacando-se uma derradeira categoria referente à imposição destes direitos fundamentais às relações entre particulares.<sup>202</sup>

---

<sup>196</sup> Ibid., p. 218.

<sup>197</sup> Ibid., p. 218.

<sup>198</sup> ANDRADE, op cit., p. 358.

<sup>199</sup> Ibid., p. 60.

<sup>200</sup> Ibid., p. 60.

<sup>201</sup> Ibid., p. 61.

<sup>202</sup> Ibid., p. 64.

Ainda sobre os direitos sociais, José Carlos Vieira de Andrade<sup>203</sup> assevera que tais direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 não se apresentam como meras normas enunciativas ou programáticas, mas apresentam-se dotadas de força jurídica e vinculam o Legislativo, que deve efetivamente legislar para a realização do direito fundamental social em questão. Ressalte-se que tal raciocínio apresenta-se plenamente compatível e aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim,

Na Constituição portuguesa, as normas que prevêm os direitos (sociais) a prestações, contêm directivas para o legislador ou, talvez melhor, são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. Não significa isso, porém, que se trate de normas meramente programáticas, no sentido de simplesmente proclamatórias, visto que têm força jurídica e vinculam efectivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação. O legislador não pode decidir se actua ou não: é-lhe proibido o “non facere”. Tal como, relativamente à conformação do conteúdo dos direitos, mesmo que possa escolher em grande medida o que quer, não é livre de escolher o que quer que seja.<sup>204</sup>

Robert Alexy<sup>205</sup> caracteriza os direitos fundamentais sociais como aqueles expressamente previstos na Constituição e sobre eles tece diferenciações com base em três critérios, que podem ser normas objetivas ou que garantam direitos subjetivos; podem ser normas vinculantes ou não-vinculantes (normas programáticas); podem as normas definirem direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja, podem estabelecer direitos através de regras ou princípios respectivamente.

Essas diferenciações, conforme afirma Robert Alexy<sup>206</sup>, podem ser livremente combinadas o que resultaria em oito tipos diferentes de normas fundamentais sociais, em que aquela com proteção mais forte e intensa seria a norma vinculante que estabelece direito subjetivo definitivo a determinada proteção, enquanto a norma com a proteção mais fraca seria a norma não-vinculante que fixa dever estatal objetivo *prima facie*.

Ademais, deve-se observar e ressaltar que os direitos sociais apresentam-se como verdadeiros direitos fundamentais, na medida em que, conforme Ingo Wolfgang Sarlet<sup>207</sup>, estes se encontram estruturalmente na Constituição Federal no capítulo referente aos direitos fundamentais, ao contrário das Constituições brasileiras anteriores que os relegavam ao capítulo referente à Ordem Econômica e Social.

---

<sup>203</sup> Ibid., p. 361.

<sup>204</sup> Ibid., p. 361.

<sup>205</sup> ALEXY, op cit., p. 500.

<sup>206</sup> Ibid., p. 501.

<sup>207</sup> SARLET, 2009a., p. 66.

Para José Afonso da Silva<sup>208</sup> os direitos sociais caracterizam-se como:

Dimensão dos direitos fundamentais, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Baseando-se nos próprios dispositivos constitucionais, José Afonso da Silva<sup>209</sup> estabelece uma classificação dos direitos sociais em direitos sociais relativos ao trabalhador, direitos sociais relativos à seguridade, direitos sociais relativos à educação e cultura, direitos sociais relativos à moradia, direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso e direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Os direitos sociais, segundo Paulo Bonavides<sup>210</sup>, incluem-se nos chamados direitos de segunda geração. Segundo o autor, tais direitos possuíram primazia durante o século XX, tendo sido adotados nas constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, ressaltando que tais direitos surgiram como decorrência do princípio da igualdade.

Complementa Paulo Bonavides<sup>211</sup> que, dado os direitos de segunda geração exigirem para a sua implementação uma atuação material positiva do Estado, não sendo tais direitos um mero não fazer estatal, ficariam estes relegados a uma esfera programática, tendo em vista a limitação dos recursos públicos.

Contudo, com a previsão do artigo 5º, §1º da Constituição Federal, que dá aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, a concepção de que os direitos de segunda geração, por serem meramente programáticos, não ensejariam sua exigibilidade na via judicial, acabaria esvaziada, na medida em que,

De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; ou pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.<sup>212</sup>

Assim, tendo em vista que os direitos individuais, em especial os sociais, se materializam, em geral, através de políticas públicas estatais e dada sua evolução histórica e conceito, vislumbra-se que direitos fundamentais e políticas públicas constituem-se validades, ainda que distintas, indissociáveis, haja vista que são as políticas públicas que garantem a

---

<sup>208</sup> SILVA, op cit., p. 285.

<sup>209</sup> Ibid., p. 286.

<sup>210</sup> BONAVIDES, op cit., p. 564.

<sup>211</sup> Ibid., p. 564.

<sup>212</sup> Ibid., p. 565.

concretude de tais direitos inerentes à própria condição de pessoa humana.

### 2.3 Direito à saúde

Tratando-se da relação entre o direito à saúde e políticas de saúde observa-se que, conforme Sueli Gandolfi Dallari<sup>213</sup>, cabe ao direito fixar os parâmetros para a produção e execução de políticas públicas, tendo em vista que o elemento jurídico, oriundo de escolhas políticas, fornecem os elementos para a construção destas. Restam, portanto, o direito e a política pública como elementos complementares um ao outro, e cujo estudo deve ser realizado de forma conjunta.

Da mesma forma deve-se verificar que, se por um lado, o direito à saúde regulamenta e estabelece diretrizes para a execução de políticas de saúde, deve apresentar as respostas para questões sociais que demandam a sua atuação no enfrentamento das problemáticas sanitárias. Tem-se uma via de mão dupla, onde as questões sociais impulsionam a atuação do direito e este fixa diretrizes de proteção à saúde que devem ser implementadas frente à realidade social. Assim,

O reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental e como um dever do Estado fez com que a amplitude da regulação estatal sobre as ações e serviços de interesse à saúde aumentasse em ritmo bastante rápido, dando origem a todo um complexo normativo específico que trata das questões de saúde no Brasil. Assim, para cada problema de saúde pública (epidemias, questões de higiene, vacinações, medicamentos, engenharia genética etc.) o Estado e a sociedade vão adotar medidas multidisciplinares para a sua solução, cabendo ao Direito um papel fundamental, ao mesmo tempo ordenador e transformador. Essa importância cresce de sentido quando situamos a proteção do Direito à saúde dentro de um sistema mais amplo de proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.<sup>214</sup>

Em se tratando da evolução do direito à saúde nas Constituições do Estado brasileiro verifica-se, conforme Júlio César Ballerini Silva<sup>215</sup> que na Constituição do Império do Brasil de 1824, em seu artigo 179 dedicado aos direitos fundamentais, não há menção expressa ao direito à vida ou à saúde. Contudo, observa-se no inciso XXXI do citado artigo menção de garantia dos socorros públicos, entendido como uma proteção assistencial genérica

---

<sup>213</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas do Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 247-266.

<sup>214</sup> AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60.

<sup>215</sup> SILVA, Júlio César Ballerini. **Direito à Saúde**: Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado. Leme: Habermann, 2009. p. 67.

que abrangeria a saúde somente dos cidadãos brasileiros. Nestes termos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

Quanto à Constituição republicana de 1891 não se verifica o direito à saúde com *status* constitucional, o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1934, em que pese esta última já demonstrar uma preocupação com o estabelecimento de um Estado Providência (através do artigo 113, item 34), bem como mostra-se pioneira no tratamento constitucional aos direitos sociais.<sup>216</sup> Assim, tem-se o artigo 113, item 34 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.

A Constituição de 1937 não prevê expressamente o conteúdo observado no artigo 113, item 34, da referida Constituição de 1934, nem estabelece qualquer norma quanto ao direito à saúde. Já a Constituição de 1946 demonstra sua preocupação com as questões atinentes à saúde ao estabelecer em seu artigo 5º que compete à União legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde.<sup>217</sup>

A Constituição de 1967 amplia o disposto na Constituição de 1946 acerca da competência da União para disciplinar a saúde, possibilitando aos Estados legislarem de forma supletiva sobre sua proteção, conforme artigo 8º, § 2º do diploma constitucional de 1946. Quanto à Emenda Constitucional nº 1 de 1969 esta manteve o disposto na Constituição de 1967.<sup>218</sup>

Tem-se, enfim, a Constituição Federal de 1988 que prevê um universo de direitos sociais, nos quais está incluído, dentre outros, conforme seu artigo 6º, o direito à saúde: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ademais, dentre as Constituições brasileiras, apenas a Constituição Federal de

---

<sup>216</sup> Ibid., p. 70.

<sup>217</sup> Ibid., p. 74.

<sup>218</sup> Ibid., p. 75.

1988, através do dispositivo citado, elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental social.<sup>219</sup>

De forma mais específica e pormenorizada o direito à saúde é tratado no Capítulo II (Da Seguridade Social), Seção II (artigo 196 a 200) da Constituição Federal. Tal proteção constitucional à saúde mostra-se de forma extremamente ampla, constituindo-se como direito universal, ou seja, direito de todos e dever do Estado, conforme artigo 196 da Constituição Federal: “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 a sua promoção, proteção e recuperação”.

No campo infraconstitucional a proteção à saúde existe desde 1824, destacando Fernando Aith<sup>220</sup>, uma intensa produção relativa ao direito à saúde na década de 70, com a produção de normas relativas à vigilância sanitária, controle de drogas e controle de medicamentos.

Após a Constituição Federal de 1988 a atividade legislativa acerca do direito a saúde também se destaca com a edição da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90 e Lei nº 8.142/90), lei instituidora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782/99), lei instituidora da Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/00), entre outras.<sup>221</sup>

No que toca à Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990 esta se destaca no campo do direito à saúde por ter instituído o Sistema Único de Saúde brasileiro definindo-o em seu artigo 4º como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Tal norma infraconstitucional também traça os objetivos, atribuições, diretrizes, competência dos entes federados, gestão do sistema, financiamento, serviços privados de saúde, entre outras questões, com destaque para os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde, previstos no artigo 7º da citada lei. Nestes termos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e

<sup>219</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 185.

<sup>220</sup> AITH, op cit., p. 83.

<sup>221</sup> Ibid., p. 84.

moral;  
 IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;  
 V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;  
 VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;  
 VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;  
 VIII - participação da comunidade;  
 IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:  
 a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;  
 b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;  
 X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;  
 XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;  
 XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e  
 XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

Acerca do que é saúde Júlio César Ballerini Silva<sup>222</sup> diz que sobre tal categoria não há uma posição única, tendo em vista que a saúde pode ser analisada sobre os mais diferentes aspectos, tais como a Medicina Legal, o Direito Constitucional ou mesmo o Direito Previdenciário.

Para a Medicina Legal, o conceito de saúde está relacionado às funções orgânicas em seu perfeito estado de funcionamento, à pessoa sadia e ao bem-estar biopsicossocial.<sup>223</sup> Para o Direito Constitucional, saúde significa bem-estar físico, psíquico, social e econômico, e, para o Direito Previdenciário, por sua vez, saúde é um direito que objetiva a redução dos riscos de doenças e outros agravos através da implementação de políticas públicas.<sup>224</sup>

Fernando Aith<sup>225</sup> pondera que o conceito de saúde anteriormente era associado à ideia de ausência de doença, reserva corporal ou fundo de saúde, cujo papel era proporcionar ao organismo resistência contra todas as agressões sofridas.

Também é possível encontrar a ideia de saúde associada a equilíbrio, encontrado na “plenitude física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros”. Tal ideia da saúde como um estado de equilíbrio acabou por se tornar uma concepção positiva, sendo adotada, inclusive, pela Organização Mundial de Saúde, que afirma, em sua Constituição, ser a saúde o completo bem-estar físico, mental e social, não reduzindo-se ao

<sup>222</sup> SILVA, J.C.B., op cit., p. 34.

<sup>223</sup> Ibid., p. 35.

<sup>224</sup> Ibid., p. 35.

<sup>225</sup> AITH, op cit., p. 46.

estado de ausência de enfermidades ou doenças.<sup>226</sup>

Desta forma, o conceito de saúde não mais se limita a uma vertente puramente médica, abrangendo uma noção mais ampla e que agrega também uma dimensão biológica e social. Assim, Fernando Aith<sup>227</sup> adota uma perspectiva extremamente ampla de saúde, vez que:

Através das representações de saúde podemos verificar que a saúde é um resultado da harmonia existente entre a pessoa e seu entorno social, cultural e religioso. A doença, de outro lado, em regra não possui sua origem na pessoa, mas provém da incorporação, real ou simbólica, de elementos nocivos que causam prejuízos à pessoa.

Resta evidente que o direito à saúde constitui-se, verdadeiramente, um direito fundamental, não apenas por constar formalmente no texto da Carta Maior, mas, também, por sua própria natureza, uma vez que onde este direito humano não se encontra assegurado não há proteção à vida e à integridade física.

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, alás, fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.<sup>228</sup>

Observa-se o posicionamento de Cláudia Maria da Costa Gonçalves<sup>229</sup> para quem o direito à saúde integra o próprio conceito de dignidade humana, uma vez que a prevenção de doenças e procedimentos curativos buscam proteger uma vida com qualidade em que se respeitem a integridade física e moral dos indivíduos.

Para José Afonso da Silva<sup>230</sup> o direito à saúde respalda-se no direito à vida, significando que em caso de enfermidade cada indivíduo, independentemente de sua condição econômica, possui o direito de tratamento digno e conforme o estado de avanço científico das ciências médicas.

Ademais, o direito à saúde possui não só uma vertente positiva, que significa o direito a prestações e serviços do Estado que previnem e tratam doenças, mas também uma

<sup>226</sup> Ibid., p. 46.

<sup>227</sup> Ibid., p. 46.

<sup>228</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro / outubro / novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2010. p. 3.

<sup>229</sup> GONÇALVES, op cit., p. 230.

<sup>230</sup> SILVA, J.A., op cit., p. 185.

vertente negativa, consistente no dever de abstenção (do Estado e de terceiros) da prática de atos que retirem a saúde do indivíduo.<sup>231</sup>

Segundo Fernando Aith<sup>232</sup> o direito à saúde compreende duas modalidades de obrigação estatal, concernentes à obrigação perante à saúde pública e aquela referente à saúde de cada indivíduo.

Com relação à vertente da saúde pública esta significa uma atividade de poder relacionada à saúde da população, à segurança sanitária, à saúde individual, entre outros campos, não se limitando, desta forma, apenas a ações voltadas às epidemias e higiene pública.<sup>233</sup>

Ainda segundo Fernando Aith<sup>234</sup> em se tratando de saúde pública, cabe ao Estado adotar, de forma antecipada, todos os meios e condutas necessários para que haja a promoção, prevenção e recuperação da saúde da coletividade, constituindo-se em ações ativas, preventivas e obrigações estatais expressas.

Com relação à saúde individual apesar de o Estado não ter como “dar” a saúde ao doente, esta dimensão deverá assegurar o acesso aos serviços de saúde necessários à sua recuperação, ou, no caso de doença que se mostra incurável, em que o Estado, por esta incapacidade de recuperação, não possa devolver a saúde a este indivíduo, deverá assegurar o acesso a serviços que proporcionem a melhor saúde possível, bem como a manutenção de uma vida digna.<sup>235</sup>

Assevera Fernando Aith<sup>236</sup> que o direito à saúde caracteriza-se como um direito social, na medida em que impõe ao Estado o dever de patrocinar ações de prevenção, promoção, recuperação e proteção da saúde, configurando-se como um direito público subjetivo, vez que se caracteriza como um direito exigível judicialmente em face do Estado, seja por uma coletividade ou por um único indivíduo.

O mesmo autor diz que ao assegurar aos indivíduos dimensões do direito à saúde, entendido como direito humano fundamental e apto a proporcionar um melhor desenvolvimento nacional, o Direito reafirma seu papel social de instrumento de transformação da sociedade.<sup>237</sup>

Contudo, observa-se que para a efetivação de tal direito se faz necessária a adoção

---

<sup>231</sup> Ibid., p. 185.

<sup>232</sup> AITH, op cit., p. 85.

<sup>233</sup> Ibid., p. 58.

<sup>234</sup> Ibid., p. 85.

<sup>235</sup> Ibid., p. 85.

<sup>236</sup> Ibid., p. 72.

<sup>237</sup> Ibid., p. 86.

por parte do Estado de políticas públicas que visem concretizar o acesso da população ao direito à saúde e cuja adoção constitui-se, como afirma o texto constitucional, em dever do ente público.

Assim, na medida em que visam resguardar direitos fundamentais, dentre outros o direito à saúde, as políticas públicas devem alcançar os objetivos previstos na Constituição Federal para o Estado brasileiro, e quando desviadas de tal meta devem ser submetidas ao controle, seja dos Tribunais de Contas, Ministério Público ou mesmo do Poder Judiciário.<sup>238</sup>

## 2.4 Assistência Farmacêutica

Dentre as políticas públicas de saúde em que há grandes embates relativos à sua efetivação destaca-se a Política de Assistência Farmacêutica, no que se refere ao acesso a medicamentos, sendo esta essencial no que toca aos serviços e programas de saúde, na medida em que conforme Maria Auxiliadora Oliveira et al.<sup>239</sup>, a assistência farmacêutica é aquela que fornece, efetivamente, o medicamento.

Tal política compõe-se de três vertentes que são a Assistência Farmacêutica Básica, Medicamentos de Dispensação Excepcional e Medicamentos Estratégicos.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (posicionamento este adotado no Brasil pela Portaria nº 3.916/1998 que trata da Política Nacional de Medicamentos) a assistência farmacêutica consiste em:

Um grupo de serviços e atividades relacionados com o medicamento, destinado a apoiar as ações da saúde que demanda a comunidade, os quais devem ser efetivados através da entrega expedita e oportuna dos medicamentos a pacientes hospitalizados e ambulatoriais, garantidos pelos critérios de qualidade na farmacoterapia.<sup>240</sup>

Conforme a Resolução nº 338 de 06 de maio de 2004 do Conselho Nacional de Saúde, instrumento este complementar à Portaria nº 3.916/1998 que trata da Política Nacional de Medicamentos, a Política de Assistência Farmacêutica caracteriza-se como um

Conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando ao acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de

---

<sup>238</sup> Ibid., p. 397.

<sup>239</sup> OLIVEIRA et al., op cit., p. 13.

<sup>240</sup> Ibid., p. 14.

resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.<sup>241</sup>

Em se tratando da Política Nacional de Medicamentos esta se caracteriza como um instrumento resultante da atuação coletiva dos segmentos que possuam interesses na política, tais como, profissionais de saúde, indústria farmacêutica, instituições acadêmicas e consumidores. Esta política apresenta-se, ainda, como:

[...] um documento oficial que expressa um compromisso do governo com a promoção do uso racional e do acesso da maioria da população a medicamentos essenciais, de qualidade assegurada e de eficácia e segurança comprovadas. Trata-se de um guia para a ação, pois estabelece prioridades e metas, assim como as estratégias para cumpri-las. Estabelece também papéis, direitos e obrigações dos diferentes atores envolvidos, sejam eles do setor público ou privado.<sup>242</sup>

A assistência farmacêutica materializa-se, primeiramente, através de um ciclo iniciado pela seleção de medicamentos. Nesta etapa de seleção dos medicamentos também são observados critérios estruturais, relativos ao perfil dos usuários, eficácia, segurança, efetividade e qualidade dos medicamentos, bem como critérios de ordem prática, dentre os quais comodidade posológica, custo e disponibilidade no mercado.<sup>243</sup>

Após a seleção há a confecção de uma lista composta por aqueles tidos por essenciais em determinada circunstância e cujo critério adotado fundamenta-se na melhor evidência farmacológica-clínica. Ainda nesta etapa, elaboram-se guias e formulários terapêuticos, bem como protocolos terapêuticos, cujo objetivo é fornecer informações quanto à prescrição, uso e indicação dos medicamentos.<sup>244</sup>

Posteriormente, segundo Maria Auxiliadora Oliveira et al.<sup>245</sup>, passa-se ao processo de programação (com a especificação do quantitativo a ser comprado através de dados epidemiológicos e históricos de consumo), suprimento, aquisição, armazenamento, distribuição e, por fim, a dispensação de medicamentos.

Quanto à dispensação de medicamentos esta abrange as ações que garantam ao paciente o recebimento de sua medicação na dose correta e no momento certo, não se limitando à entrega do remédio, mas, também, agregando a orientação sobre sua enfermidade e sobre o medicamento dispensado.<sup>246</sup>

O processo de dispensação se dá através de três polos que são a lista de

---

<sup>241</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução CNS n° 338, de 06 de maio de 2004**. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 maio 2004.

<sup>242</sup> OLIVEIRA et al., op cit., p. 63.

<sup>243</sup> Ibid., p. 15.

<sup>244</sup> Ibid., p. 16.

<sup>245</sup> Ibid., passim.

<sup>246</sup> Ibid., p. 20.

medicamentos elaborada, a legislação pertinente e a disponibilidade de orçamento. Quanto a disponibilidade de orçamento os citados autores pontuam que a limitação de recursos acaba por impor a adoção de um critério de essencialidade, selecionando-se para aquisição apenas aqueles medicamentos de alto valor terapêutico, com um impacto sanitário grande e positivo, seguros, com qualidade e eficazes.<sup>247</sup>

Contudo, a política de medicamentos não se encontra livre de problemas e críticas. Para Maria Auxiliadora Oliveira et al.<sup>248</sup>, as problemáticas da política derivam da lógica de funcionamento do Sistema Único de Saúde, seu arranjo hierárquico e centralizado, bem como da rotatividade de gestores, mudanças no cenário político, multiplicidade de fontes de repasse de verbas e de legislação reguladora, tornando a atuação da política extremamente complexa e prejudicando a assistência aos usuários pelo Estado.

---

<sup>247</sup> Ibid., p. 23.

<sup>248</sup> Ibid., p. 87.

### 3 O PODER JUDICIÁRIO E O FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS

Após ponderar o direito à saúde como direito fundamental social, expressamente previsto na Constituição da República, verifica-se que recai sobre este todas as prerrogativas decorrentes de tal enquadramento. Partindo dessas premissas cumpre, neste momento, analisar as questões teóricas que envolvem a discussão atinente ao fornecimento judicial de medicamentos.

#### 3.1 Separação de Poderes

Dentre as características e fundamentos do Estado Democrático de Direito destacam-se, dado o profundo relacionamento com o tema, a separação de poderes, cujas bases já se apresentavam nas ideias de Aristóteles, John Locke e Rousseau. Encontrando, porém, em Montesquieu o seu maior propagador.

O princípio da separação de poderes, consubstanciado no artigo 2º da Constituição Federal, caracteriza-se não como uma divisão de poder político ou estatal, mas sim como uma divisão funcional deste entre as atribuições estatais do Legislativo, Executivo e Judiciário. Tais funções devem, ainda, conforme fixado na própria Constituição Federal, ser harmônicas e independentes entre si.

Para José Afonso da Silva<sup>249</sup> a divisão dos poderes fundamenta-se na necessidade de uma especialização funcional, bem como na independência orgânica entre as funções, expressando, portanto, a necessidade de um exercício especializado de atribuições e de efetiva independência entre os exercentes destas. Em relação à especialização no exercício das funções caberia, primordialmente, ao Legislativo a edição de leis, ao Executivo a execução da legislação e ao Judiciário a função de julgar conforme a lei.

Diante das conformações observa-se que a utilidade do princípio da separação de poderes é impedir a sobreposição de uma função sobre a outra através da invasão de atribuições consagradas, funcionando como um mecanismo de freios e contrapesos contra o

---

<sup>249</sup> SILVA, 2002, p. 19.

arbítrio. Na concepção de Montesquieu<sup>250</sup>, tais instrumentos serviriam para conter o soberano absoluto, utilizando-se como arma a lei.

Em *O Espírito das Leis*, Montesquieu<sup>251</sup> trata no Livro XI, dentre outras questões, como apenas a existência de um governo moderado propiciaria liberdade política aos cidadãos, entendida tal liberdade como a prerrogativa de fazer tudo aquilo que as leis permitem. Contudo, apenas se constituirão Estados moderados onde vigore a liberdade política e caso não haja um exercício abusivo do poder, o que se obteria através da limitação deste por outro poder.

Montesquieu ainda aborda em sua obra, a existência de três tipos de poder, o Legislativo, o Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder Executivo daquelas que dependem do direito civil. O Poder Legislativo seria aquele em que se criam ou anulam leis temporárias definitivas por príncipes ou magistrados, sendo exercido através de representantes. O Executivo das coisas que dependem do direito das gentes serviria para declarar guerra ou paz, cuidar da segurança e de assuntos ligados a embaixadas. Quanto ao Executivo daquelas que dependem do direito civil, ou simplesmente, poder de julgar, cabe a decisão acerca das controvérsias entre os indivíduos.<sup>252</sup>

Em relação ao poder de julgar, mais especificadamente, este deve ser titularizado por pessoas oriundas do povo, exercido de forma temporária (com formação de tribunais conforme a necessidade) e de acordo com as determinações legais. Só assim, ter-se-ia um poder de julgar invisível e nulo, vez que não estaria vinculado a determinada classe profissional ou Estado.<sup>253</sup>

Para que se tenha um Estado moderado e que verdadeiramente propicia liberdade política aos seus cidadãos, esta liberdade só será concretizada se os poderes do Estado não forem exercidos por uma mesma pessoa, sob pena do cometimento de abusos e exercício despótico do poder. Neste sentido,

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistraturas, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos

<sup>250</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. passim.

<sup>251</sup> Ibid., p. 166.

<sup>252</sup> Ibid., p. 167.

<sup>253</sup> Ibid., p. 169.

nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.<sup>254</sup>

Destaque-se a importância do princípio da separação de poderes, há muito consagrado, tal qual prescreve o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Para tal dispositivo, diante da inexistência da separação de poderes em determinado Estado, este não possui, verdadeiramente, uma Constituição. O dispositivo ainda se apresenta como referencial para a identificação do “núcleo duro” de uma Constituição moderna.<sup>255</sup>

Contudo, construiu-se um mito em torno da teoria da separação de poderes articulada por Montesquieu. Mito este consiste na ideia de que a separação de poderes se daria de forma rígida sem absolutamente nenhuma interferência de um determinado poder sobre outro.<sup>256</sup>

Confirma, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>257</sup>, tal mito, na medida em que na obra de Montesquieu várias situações em que um determinado poder não só influenciaria outro como interferiria em suas atribuições, a exemplificar, o poder de veto do Executivo em face de decisões Legislativas, o controle do Legislativo sobre o Executivo na observância das leis criadas e, ainda, o exercício de funções judiciais pelo Legislativo.

O que se observa na obra de Montesquieu, em verdade, é, não uma separação, mas uma combinação de poderes na qual,

Os juízes eram apenas ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida.<sup>258</sup>

Para José Joaquim Gomes Canotilho<sup>259</sup> o princípio da divisão de poderes está assentado na própria concepção de Estado de Direito. Essa assertiva justifica-se na medida em que o princípio do Estado de Direito é composto por duas ideias ordenadoras. A primeira apresenta-se como uma ideia ordenadora subjetiva, que traz a concepção de direitos fundamentais compondo um *status* jurídico dos indivíduos. A segunda ideia ordenadora remete a uma ordenação objetiva, fundamentada no princípio da constitucionalidade, um dos

<sup>254</sup> Ibid., p. 168.

<sup>255</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 88.

<sup>256</sup> Ibid., p. 114.

<sup>257</sup> Ibid., p. 115.

<sup>258</sup> Ibid., p. 115.

<sup>259</sup> Ibid., p. 250.

pressupostos materiais do Estado de Direito, consistente na regência do Estado através de uma Constituição normativa e que imponha a todos os poderes públicos uma ordem jurídica normativa fundamental.<sup>260</sup>

O princípio da divisão dos poderes encaixar-se-ia, pois, dentro da ideia de ordenação objetiva e comporia, para o princípio da constitucionalidade, um princípio objetivamente estruturante.<sup>261</sup>

Observa-se que o princípio da divisão dos poderes também se apresenta composto por duas dimensões, uma negativa e outra positiva, ambas relacionadas à responsabilidade no exercício de um dos poderes.

A dimensão negativa assenta-se nas ideias de divisão, controle e limite do poder, ou seja, remete-se à concepção de divisão de poderes, impondo-se como limite a atuação destes, evitando a concentração de poder e protegendo direitos subjetivos dos indivíduos. Já a dimensão positiva prende-se às noções de constitucionalização, ordenação e organização do poder estatal. Tal concepção positiva traz a ideia de separação de poderes, ou seja, organização de funções e competências dos órgãos estatais constitucionalmente previstos.<sup>262</sup>

Acerca da relevância jurídico-constitucional do princípio da separação de poderes, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>263</sup> aponta que tal importância deriva das concepções do referido princípio como jurídico-organizatório, normativo autônomo e fundamentador de incompatibilidades.

Como um princípio jurídico-organizatório, a separação de poderes apresenta-se com as funções de racionalização, estabilização e delimitação do poder estatal, funções estas que acabam por possibilitar controle recíproco, através do *checks and balances*, impondo limites à atuação dos poderes e impedindo qualquer forma de delegações de poder indiscriminadas.<sup>264</sup>

Além disso, considerar a separação de poderes como um princípio jurídico-organizatório implica em uma ordenação controlante-cooperante de funções, em que o controle dos atos dos poderes se dará baseado na possibilidade e legitimidade de realização destes conforme a ordem constitucional, e não com uma simples classificação dos atos como topicamente legislativos, executivos e judiciais.<sup>265</sup>

Como um princípio normativo autônomo, a separação de poderes impõe que a

---

<sup>260</sup> Ibid., p. 245.

<sup>261</sup> Ibid., p. 245.

<sup>262</sup> Ibid., p. 250.

<sup>263</sup> Ibid., p. 251.

<sup>264</sup> Ibid., p. 251.

<sup>265</sup> Ibid., p. 251.

quebra de suas determinações apenas ocorrerá quando violado o núcleo essencial das atribuições dos poderes, situação esta que romperia e confrontaria as normas constitucionais fixadoras da legitimação, responsabilidade, controle e sanção dos poderes, impondo-se recursos ao princípio da separação de poderes como solução desse conflito.<sup>266</sup>

A atuação dos poderes em atribuições que seriam, a princípio, típicas e exclusivas de determinado poder (como, por exemplo, o Executivo legislando, o Judiciário administrando e o Legislativo julgando), caracteriza-se como “exemplos de ordenação funcional não coincidente com arquétipos apriorísticos e que só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicado”.<sup>267</sup>

Por fim, como princípio fundamentador de incompatibilidades, o princípio da separação de poderes impõe uma chamada separação pessoal de poderes, que de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho<sup>268</sup>,

A problemática levantada no número anterior tem algo a ver com o problema da chamada *divisão* ou **separação pessoal de poderes ou funções**. A separação organizatório-funcional pressuporia uma separação pessoal. Isto é particularmente acentuado no que respeita aos titulares da função judicial. Quanto à separação pessoal governo-parlamento, tende hoje a considerar-se, sobretudo nos Estados de partidos majoritários, que não há rigorosa delimitação entre parlamento-governo mas entre governo (parlamentar-executivo) e oposição. De qualquer modo, um completo entrelaçamento pessoal de funções executivas e parlamentares é evitado através do *princípio da incompatibilidade* entre *cargo* (executivo) e *mandato* (parlamentar). (grifos do autor).

A separação de poderes, neste caso, imporá um limite para a atuação de membro de determinado poder em outro, o que pode ser observado com maior clareza no impedimento de membro do Judiciário no exercício de cargos legislativos ou executivos.

Ainda no que diz respeito à separação de poderes, essa se trata de uma separação horizontal, vigorando sobre esta o princípio da separação e interdependência, entendido como “um princípio estrutural-conformador do domínio político”.<sup>269</sup>

Aponta, ainda, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>270</sup> que a separação de poderes apresenta-se como uma categoria de plano funcional, na medida em que possibilita a identificação das chamadas funções político-constitucionais básicas que são a legislativa, a jurisdicional e a executiva.

No que se refere à noção de freios, balança e controle de funções esta se mostra essencial diante da ideia de separação de poderes, bem como fundamenta o aludido modelo de

<sup>266</sup> Ibid., p. 252.

<sup>267</sup> Ibid., p. 252.

<sup>268</sup> Ibid., p. 252.

<sup>269</sup> Ibid., p. 556.

<sup>270</sup> Ibid., p. 556.

governo moderado de Montesquieu<sup>271</sup>, tudo com o objetivo de não constituição de um superpoder.<sup>272</sup>

Tal mecanismo de freios, balança e controle constitui-se com a verificação de um contexto de corresponsabilidade e interdependência, haja vista que os atos de um determinado poder dependem da participação de outro, como, por exemplo, a necessidade de promulgação de atos legislativos pelo Presidente da República.<sup>273</sup> Da mesma forma se faz necessário um sistema de balança na inter-relação entre os poderes, observado nos casos em que, por exemplo, a atribuição de cargos de um poder depende da aquiescência de outro. Além disto, se torna indispensável a verificação de uma divisão de poderes dentro de um mesmo poder, o que se exemplifica com a instituição de cargos de Ministros de Estado.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>274</sup>, quando o princípio da separação de poderes prevê a necessidade de divisão de funções e controles recíprocos, pode-se inferir desta as ideias de especialização funcional (significando a configuração de competências privativas dos poderes), e de interdependência orgânica entre os poderes estatais.

Tais implicações do princípio da separação de poderes, como a especialização funcional e interdependência orgânica entre os poderes, apresentam alguns requisitos na configuração destes. Estes requisitos são a impossibilidade de que um mesmo indivíduo seja titular de poderes diversos, a impossibilidade de destituição de membros de determinado poder por membros de outro por motivos exclusivamente políticos, bem como a atribuição de funções atípicas aos poderes como mecanismo de afirmação de sua independência.<sup>275</sup>

Acerca da possibilidade de lesão ao princípio da separação de poderes, verifica-se a teoria do núcleo essencial como parâmetro para tal verificação. Esta teoria significa que

A nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.<sup>276</sup>

Para Luís Roberto Barroso<sup>277</sup> a lesão ao princípio e cláusula pétrea da separação de poderes apenas se concretizará se houver a violação do conteúdo nuclear de sentido das funções estatais de cada poder. Isto se configuraria nas hipóteses em que a atuação de

---

<sup>271</sup> MONTESQUIEU, op cit., passim.

<sup>272</sup> CANOTILHO, op cit., p. 558.

<sup>273</sup> Ibid., p. 559.

<sup>274</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175.

<sup>275</sup> Ibid., p. 175.

<sup>276</sup> CANOTILHO, op cit., p. 559.

<sup>277</sup> BARROSO, op cit., p. 175.

determinado poder implique em concentração de funções, com a instituição de uma instância hegemônica de poder, bem como nos casos em que houver lesão à independência orgânica e competências típicas dos poderes estatais.

Contudo, em que pese a configuração de um sistema em que vigora a separação de poderes ou funções, esta não se dá de forma absoluta, sendo que, conforme José Joaquim Gomes Canotilho<sup>278</sup>, o que se observa é a existência de um titular principal de determinada função que não se apresenta como um detentor exclusivo desta, devendo-se ponderar a posição apenas quando se tratar de núcleo essencial de funções.

Quanto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal no tocante à temática da separação de poderes, Luís Roberto Barroso<sup>279</sup> aponta decisão proferida em sede do Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, de 12 de maio de 2000, cujo relator, Ministro Celso de Mello, considerou que o princípio da separação de poderes coloca-se como um instrumento apto a evitar a configuração de instâncias hegemônicas de poder no Estado e para prevenir a inexistência de controle estatal.<sup>280</sup>

Todavia, atualmente, na era pós-moderna, o princípio da separação de poderes busca a proteção dos indivíduos não mais em face de um monarca déspota e arbitrário, mas da própria lei que, se anteriormente servia para limitar seu poder, poderá agora cometer abusos perpetrados pelo legislador ao elaborá-la. Há, ainda, a necessidade de proteção contra as chamadas inefetividades dos comandos constitucionais, através do princípio da separação de poderes.<sup>281</sup>

Desta forma, ocorreu, segundo José Afonso da Silva<sup>282</sup>, uma alteração do conteúdo que é necessário ser combatido pelo princípio da separação de poderes, mudança esta operada em razão da ampliação das atividades do Estado contemporâneo e consequentes novas relações entre as funções estatais.

Diante desta nova realidade, mostra-se necessário desnaturalizar e questionar a costumeira visão do princípio da separação de poderes, de modo a propor uma releitura em face da atual conjuntura das relações entre os poderes estatais e as violações de direitos dos

<sup>278</sup> CANOTILHO, op cit., p. 559.

<sup>279</sup> BARROSO, op cit., p. 174.

<sup>280</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23.452/RJ**. Voto: Ministro Celso de Mello, julgado em: 19/09/1999. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(23452.NUME.+OU+23452.ACMS.\)+\(\(CELSO+DE+MELLO\).NORL.+OU+\(CELSO+DE+MELLO\).NORV.+OU+\(CELSO+DE+MELLO\).NORA.+OU+\(CELSO+DE+MELLO\).ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(23452.NUME.+OU+23452.ACMS.)+((CELSO+DE+MELLO).NORL.+OU+(CELSO+DE+MELLO).NORV.+OU+(CELSO+DE+MELLO).NORA.+OU+(CELSO+DE+MELLO).ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 7 mar. 2009a.

<sup>281</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 61.

<sup>282</sup> SILVA, 2002, p. 109.

indivíduos.

Neste sentido, se posiciona Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>283</sup> afirmando que

Esse estado de coisas nos permite afirmar que a separação dos poderes deve passar por uma releitura para que continue a servir como instrumento de garantia contra os despotismo daqueles que detêm e exercem o poder em detrimento daqueles a quem o Estado concede apenas direitos inscritos em frias folhas de papel. Direitos precisam ser garantidos. E devemos sempre lembrar, com Andreas Krell, que a inconstitucionalidade permanente, decorrente, sobretudo, da não concretização desses direitos, conduz inevitavelmente à desestabilização política.

Este também se mostra o entendimento de José Afonso da Silva<sup>284</sup>, para quem

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o Judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.

Da mesma forma verifica-se a necessidade de um tratamento flexível com relação ao princípio da separação de poderes, de forma que atenda à realidade jurídica vivenciada atualmente. Assim, enunciam Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>285</sup> que:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam.

Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas com força de lei – bem assim para a legislação judicial, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é freqüente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças aditivas proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Considerando-se as ponderações colocadas em discussão acerca do princípio da separação de poderes, verifica-se a necessidade de um estudo sob uma nova perspectiva que atenda às problemáticas recentes no que se refere à atuação dos poderes estatais. Esse olhar é fundamental para a correta compreensão e demarcação dos campos de poder a serem exercidos por cada função estatal dentro do campo jurídico, isto sem que haja arbítrio ou verdadeiramente supressão de atribuições de uma função por outra.

Diante de tal problematização referente à separação de poderes buscam-se

<sup>283</sup> JORGE NETO, op cit., p. 65.

<sup>284</sup> SILVA, 2002, p. 109.

<sup>285</sup> MENDES et al, op cit., p. 156.

alcançar quais seriam as atribuições legítimas conferidas ao Poder Judiciário. Discute-se, assim, qual(is) função(ões) deve(m) ser exercida(s) pelo Judiciário dentro do campo jurídico para que se efetive seu papel constitucional de jurisdição, de forma a preservar direitos e garantias fundamentais dentro de um estágio de pós-modernidade jurídica. Esse estágio trouxe como contribuição “o escalonamento hierárquico entre regras e princípios, a força normativa e o caráter axiológico dos princípios constitucionais”, onde a lei deve resguardar não uma mera compatibilidade formal com a Constituição, mas uma compatibilidade lógico-axiológica, proporcionando, assim, um resgate da ciência jurídica como meio de transformação social.<sup>286</sup>

### 3.2 O Poder Judiciário

Acerca do Poder Judiciário, Dalmo de Abreu Dallari<sup>287</sup> afirma que este não apresentou grandes mudanças considerando-se o último século, isto com relação à organização, ritos, linguagem, os trajes dos julgadores e, o pior de todos os atrasos, a pouca alteração na mentalidade do Judiciário, que ainda pensa, muitas vezes, estar imune a críticas e deficiências.

Decorrente de uma postura de não modernização da mentalidade do Judiciário, Dalmo de Abreu Dallari<sup>288</sup> também pondera acerca de uma postura excessivamente positivista e formalista por parte deste poder, que acaba por eleger o respeito à forma como o objetivo principal do processo e da atividade judicial, o que acaba por prejudicar aquilo que deveria preponderar, que é o direito envolvido na questão.

Da mesma forma, mostra-se prejudicial à promoção da justiça a figura do julgador apolítico, que tem como tarefa estranha às suas atribuições questionamentos acerca da legitimidade, justiça e efeitos sociais das leis. O posicionamento acrítico acaba por permitir a tranquila aplicação de atos inconstitucionais e de leis que aparentemente parecem legais, postura esta que acaba por elencar as decisões judiciais como uma forma legal de promoção de injustiças.<sup>289</sup> Sobre essas questões observa-se que,

Com argumentos dessa ordem, afirmando-se “escravos da lei”, procuram ocultar o temor, o comodismo, as conveniências pessoais ou a falta de consciência da

---

<sup>286</sup> JORGE NETO, op cit., p. 63.

<sup>287</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6.

<sup>288</sup> Ibid., p. 40.

<sup>289</sup> Ibid., p. 40.

extraordinária relevância de sua função social. Adotando postura de vestais e apregoando como virtude sua falsa neutralidade, escondem-se atrás de um solene, e quase sempre hipócrita, máscara de “técnicos do direito”. Quando se cobra deles o compromisso com a justiça, respondem que esse é um problema para filósofos, não para juristas. E quando se chama a atenção para o fato de que suas decisões agravam conflitos sociais, alegam que essa é uma questão para a sociologia, não para o direito.<sup>290</sup>

Perante o real papel do Poder Judiciário, Américo Bedê Freire Júnior<sup>291</sup> considera a necessidade do redimensionamento da função judicial para que sejam efetivados direitos fundamentais dos indivíduos, elencando o posicionamento de Mauro Cappelletti<sup>292</sup> acerca das atribuições do Judiciário, onde:

A dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais - tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo - não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem escolher uma das duas possibilidades seguintes: (a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites e da função jurisdicional, ou (b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador.

A partir de posicionamentos como esses observa-se a necessidade de assunção pelo Judiciário de suas funções que, em última análise, redundam na efetivação de direitos dos indivíduos, atuando como um dos importantes sujeitos do movimento das políticas públicas. Conforme apontado pelos autores citados, atua o Judiciário quando falham o Executivo e/ou o Legislativo no cumprimento dos preceitos consagrados na Carta Maior, assumindo sua posição como um dos três poderes constitucionais quando do controle judicial dos demais.

Em que pese o Judiciário não poder se apresentar como um revolucionário extremo, compete a tal poder assumir um papel importante em se tratando de mudança social, através do alcance de suas decisões, demonstre os casos em que, por exemplo, lei e realidade social estão em descompasso ou revele posturas que promovam injustiças, contribuindo, assim, para o aperfeiçoamento de todo o ordenamento jurídico sem fugir de sua atribuição de guardião da justiça.<sup>293</sup>

Para a realização desse papel apresentam-se relevantes as características do Poder Judiciário citadas por Luís Roberto Barroso<sup>294</sup>, dentre as quais, a não investidura de seus membros através de processo eleitoral ou majoritário, optando-se por uma seleção de cunho

<sup>290</sup> Ibid., p. 54.

<sup>291</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. Coleção Temas fundamentais de direito. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

<sup>292</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. p. 46.

<sup>293</sup> DALLARI, op cit., p. 56.

<sup>294</sup> BARROSO, op cit., p. 385.

meritório. Busca-se na escolha de membros do Judiciário, desta forma, uma ausência de envolvimento político e que as decisões proferidas estejam conforme os ditames constitucionais e legais.

Contudo, em que pese a ausência de um processo eletivo na escolha de seus componentes, o Judiciário exerce, verdadeiramente, e tal qual os poderes Legislativo e Executivo, um poder representativo inserido em um Estado democrático, como assevera Luís Roberto Barroso<sup>295</sup>. Para isso, razão o Judiciário exerce suas funções como mandatário do povo, em nome deste, devendo, por conseguinte, prestar as devidas contas à sociedade.

Luís Roberto Barroso<sup>296</sup> ainda coloca o papel contramajoritário como um dos elementos que se somam ao chamado déficit democrático do Poder Judiciário. Tal posição contramajoritária é entendida pelo autor como atribuições de órgãos e agentes não escolhidos por um processo eleitoral, cuja atribuição consiste em apreciar as leis redigidas por aqueles representantes eleitos pelo povo, afastando-as ou conformando-as.<sup>297</sup>

Frente à necessidade de análise das atribuições do Poder Judiciário, a fim que seja delineado seu real papel, impõe-se a discussão de quais seriam os próprios fundamentos e conteúdo do Direito, uma vez que cabe ao Judiciário sua aplicação às questões empíricas que lhe são colocadas.

Neste sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>298</sup> afirma que na pós-modernidade existem duas correntes que buscam fixar qual seria o fundamento e conteúdo do Direito. Segundo o autor uma primeira corrente, da qual fazem parte Niklas Luhmann e Günther Teybner, entende que o Direito resume-se a um mero procedimento formal, reduzindo-o a um instrumento de legitimação e dominação que nega uma dimensão axiológica e transformadora ao Direito.

Uma segunda perspectiva é adotada por Jürgen Habermas, para quem o Direito, ao contrário da perspectiva anterior, é um sistema aberto para os discursos morais, uma vez que se adota um escalonamento hierárquico entre regras e princípios, legitimando-se o Direito nos direitos fundamentais, sendo um instrumento de soberania popular.<sup>299</sup>

Considerando-se as correntes apresentadas, questiona-se se a adoção da primeira corrente, em que o Direito fecha-se e legitima-se em si mesmo, não levaria à concepção de

---

<sup>295</sup> Ibid., p. 385.

<sup>296</sup> Ibid., p. 391.

<sup>297</sup> Ibid., p. 386.

<sup>298</sup> JORGE NETO, op cit., p. 63.

<sup>299</sup> Ibid., p. 63.

Montesquieu<sup>300</sup> de que o Judiciário é um poder nulo, na medida em que seu papel se limitaria à aplicação objetiva e inquestionável da lei, derivando daí uma cega neutralidade?

Nestes termos, verifica-se a necessidade de uma releitura da neutralidade do Judiciário, na medida em que dentro de seu papel encontra-se a necessidade de analisar até que ponto o exercício do poder de legislar encontra-se pautado na concretização de resultados que atendam aos interesses da coletividade.<sup>301</sup>

Segundo o autor, o Judiciário deixa a cega neutralidade e se politiza, podendo, inclusive, avaliar até que ponto o exercício da função legislativa não serviria para atender a interesses de determinadas parcelas privilegiadas do espaço social. Ou seja, um Judiciário neutro serviria apenas para perpetuar possíveis interesses de um determinado grupo dominante em detrimento dos direitos dos demais indivíduos.<sup>302</sup>

Neste sentido, o papel do Poder Judiciário “não se resume a uma ação de natureza defensiva; mas, ao contrário, exige um protagonismo plenamente justificável quando as questões estejam relacionadas à justiça básica e a elementos constitucionais essenciais que se manifestam por meio da razão pública”.<sup>303</sup>

John Rawls<sup>304</sup> demonstra que a chamada razão pública, ou seja, a garantia de contestabilidade, deve ser exercida no âmbito do Judiciário, e sua aplicação se observa na possibilidade de discussão do exercício da atividade legislativa para que esta não venha a lesionar direitos fundamentais, uma vez que as funções estatais devem atuar conjuntamente a fim de proteger os referidos direitos.

Verifica-se que John Rawls, inclusive, analisa a questão anteriormente levantada de que se faz necessária uma ponderação da própria lei pelo Poder Judiciário, a fim de avaliar se esta não visaria atender a interesses de determinados grupos dominantes. Nestes termos,

O supremo tribunal harmoniza-se com essa idéia de democracia constitucional dualista, como um dos dispositivos institucionais para proteger a lei mais alta. Ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias, ou mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem.<sup>305</sup>

Ponderando-se a concepção de Direito que se quer vislumbrar, qual seja, a de Habermas, deve-se destacar, também, que com a evolução do conceito de Constituição esta

<sup>300</sup> MONTESQUIEU, op cit., passim.

<sup>301</sup> JORGE NETO, op cit., p. 66.

<sup>302</sup> Ibid., p. 66.

<sup>303</sup> DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 4. São Paulo: Método, 2007. p. 96.

<sup>304</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000. p. 284.

<sup>305</sup> Ibid., 284.

passa a se apresentar no topo do ordenamento jurídico traçando os direitos fundamentais dos indivíduos.

Exemplificando a atuação do Judiciário como um importante sujeito de políticas públicas temos o relato de Matthew M. Taylor<sup>306</sup>, para quem este poder deve ser melhor compreendido no processo de decisão política e debate das políticas públicas. Assim, exemplifica o autor que,

No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas. O Judiciário continua exercendo uma influência importante hoje. Durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, tribunais também participaram da formulação de políticas governamentais de várias maneiras. Entre as mais recentes ilustrações: em 2005, o Judiciário federal aprovou uma grande aquisição empresarial pela Nestlé, revertendo decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que havia rejeitado a operação; o STF interrompeu as investigações de corrupção dentro do Congresso durante 2006; juízes federais têm forçado governos estaduais a honrarem precatórios cujos valores são estimados em até US\$ 20 bilhões por ano; o STF negou, retroativamente, um aumento do Programa de Integração Social – PIS/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins em uma decisão cujo custo, em tese, poderia chegar a quase 11% do total de tributos federais arrecadados; e assim por diante.<sup>307</sup>

Matthew M. Taylor<sup>308</sup> observa que a atuação do Judiciário no movimento das políticas públicas se dá não apenas após a sua elaboração, mas também anteriormente a estas, podendo, inclusive, influenciar nas discussões precedentes à aprovação das políticas públicas. Ou seja, a atuação do Judiciário em políticas públicas poderia ocorrer desde o momento de deliberação até os resultados. Desta forma,

Embora não tenham legitimidade para iniciar contestações judiciais sobre ações do Legislativo e do Executivo, os integrantes do Judiciário brasileiro têm capacidade de influenciar a discussão das políticas públicas antes de elas serem aprovadas, sinalizando suas preferências e as fronteiras que as mudanças provocadas por essas políticas podem atingir. Os juízes sinalizam suas preferências publicamente muito antes da aprovação final dos projetos, seja por meio de pronunciamentos públicos.<sup>309</sup> Em suma, o Judiciário pode influenciar os resultados das políticas públicas tanto no momento da deliberação quanto na hora da implementação com uma variedade de possíveis estratégias: sinalizando as fronteiras permitidas para a alteração da política pública, sustentando-a e legitimando-a diante da possível oposição, atrasando uma decisão sobre uma determinada política e, assim, controlando a agenda de deliberação da política pública ou, até mesmo, alterando ou rejeitando a proposta após sua implementação.<sup>310</sup>

<sup>306</sup> TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: **DADOS** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. p. 237.

<sup>307</sup> Ibid., p. 237.

<sup>308</sup> Ibid., p. 241.

<sup>309</sup> Ibid., p. 241.

<sup>310</sup> Ibid., p. 243.

Enfim, o Judiciário exerce um papel fundamental para a garantia do equilíbrio entre duas características do processo de formulação de políticas públicas apresentadas por Haggard e McCubbins na obra *Presidents, Parliaments and Policy*, quais sejam, o *decisiveness* e o *resoluteness*. Em se tratando do *decisiveness*, o Judiciário atuaria no sentido de garantir a eficiência das decisões tomadas pelo sistema político. Já com relação ao *resoluteness*, a atuação judicial garantiria um percurso estável e minimamente inseguro no que tange a adoção e implementação de políticas públicas.<sup>311</sup>

Entender o Poder Judiciário como sujeito de políticas públicas, contribuindo para a formulação, manutenção e implementação das políticas é, conforme Lourdes de Maria Leitão Nunes Rocha<sup>312</sup>, revesti-lo de uma função social, em que, através desta atuação, se garante a efetivação de direitos e garantias individuais e coletivos.

Conforme Américo Bedê Freire Júnior<sup>313</sup>, diante do papel do Judiciário e do princípio da separação de funções, o poder não se apresenta como um fim em si mesmo, mas como meio necessário à efetivação dos preceitos constitucionais e garantia de cumprimento destes. Neste sentido,

O legislador não é o único responsável por viabilizar a constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com esta atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada ao nosso tempo da globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias.<sup>314</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>315</sup>, em que pese o julgador não poder decidir totalmente dissociado do ordenamento jurídico, não deverá, também, constituir-se em um aplicador cego e mecânico da lei, mas deverá, sempre, constituir-se em um aplicador do direito. Pautado em princípios constitucionais, cabe ao juiz buscar a justiça e a razoabilidade de suas decisões ainda que estas contradigam conteúdos normativos. Assim,

Em matéria constitucional, é fundamental que se diga, o apego ao texto positivado não importa em reduzir o direito à norma, mas, ao contrário, em elevá-lo à condição de norma, pois ele tem sido ,menos que isso. O resgate da imperatividade do Texto Constitucional e sua interpretação à luz de boa dogmática jurídica, por óbvio que

<sup>311</sup> Ibid., p. 249.

<sup>312</sup> ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. O Judiciário como Sujeito do Processo das Políticas Públicas: função social e papel político. In: **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 4, n. 1/2, jan/dez, p. 97-120, 2000. p. 119.

<sup>313</sup> FREIRE JÚNIOR, op cit., p. 45.

<sup>314</sup> Ibid., p. 44.

<sup>315</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 295.

possa parecer, é uma instigante novidade neste país acostumado a maltratar suas instituições.<sup>316</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>317</sup> ainda aponta que

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Tem-se, desta forma, o Poder Judiciário como aquele a quem cabe a superação de eventuais déficits democráticos dos demais poderes, garantindo o exercício dos direitos fundamentais, o correto desenvolvimento dos processos democráticos e a estabilidade constitucional, configurando-se este como seu principal papel.<sup>318</sup>

Cumprido salientar que, conforme aponta Gustavo Amaral<sup>319</sup>, há uma legitimação popular da atuação do Judiciário frente aos poderes Legislativo e Executivo, em razão do posicionamento de que o Judiciário, ao contrário dos demais poderes, respalda suas decisões nos valores do bem comum, assumindo um papel de cidadania.

Luiz Alberto G. S. Rocha<sup>320</sup> observa, da mesma forma, que os poderes Legislativo e Executivo perderam, em muitas questões, a credibilidade dos indivíduos, uma vez que, posteriormente à promulgação da Constituição da República, tais poderes não foram exitosos em implementar e concretizar os direitos assegurados pela Carta Maior. Consequentemente as demandas constitucionais não supridas pelos poderes a quem competia primordialmente esse papel foram redirecionadas ao Poder Judiciário para concretização.

É ao passo dessas novas demandas direcionadas ao Poder Judiciário que ele não pode mais eximir-se de prospectar as conseqüências políticas das decisões que profere, pois já não se trata mais de subsunção ao regime legal posto, mas a ação concreta do mandamento judicial na concretização de fins sociais por meio de demandas de equidade social e obrigatoriedade estatal na prestação de serviços públicos. Em grande parte, o Judiciário também é chamado à responsabilidade solidária do Executivo e Legislativo nos projetos de transformação das condições materiais de vida da comunidade.<sup>321</sup>

<sup>316</sup> Ibid., p. 296.

<sup>317</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 391.

<sup>318</sup> Ibid., p. 391.

<sup>319</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 8.

<sup>320</sup> ROCHA, Luiz Alberto G. S. Novo perfil do Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 67, abr. – jun. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2009. p. 175.

<sup>321</sup> Ibid., p. 175.

Para Gustavo Amaral<sup>322</sup>, tal pensamento popular é reforçado pelo período da história brasileira em que vigoraram planos econômicos, em especial o do governo Collor de Mello, em que a confiança do povo nas decisões políticas foi enfraquecida, dado o fracasso dos referidos planos. Neste contexto, atua o Judiciário favoravelmente à população, atacando os frutos destes desastrosos planos econômicos, como o bloqueio de verbas e expurgos das aplicações financeiras, o que provocou uma sobrevalorização do controle judicial e uma subvalorização dos meios em que não há atuação do Judiciário, como o voto e a opinião pública.<sup>323</sup>

Diante da necessidade de uma nova postura do Poder Judiciário, considerando-se a relativização de princípios como a separação de poderes e neutralidade judicial, impõe-se algumas observações acerca do ativismo judicial.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes<sup>324</sup>, a doutrina da judicialização de questões políticas e a discussão acerca de uma postura mais ativista do Judiciário adentrou o Supremo Tribunal Federal através do *Habeas Corpus* 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892.

Em que pese a denegação do referido *Habeas Corpus*, sob o argumento de que não caberia à Corte imiscuir-se em questões políticas do Executivo ou Legislativo, Rui Barbosa levantou a discussão acerca de tal questionamento, tendo-se valido, para tanto, da doutrina norte-americana da *political questions*, firmada em decisão proferida no caso *Marbury X Madison* pelo juiz Marshall. Segundo este precedente, em que pese a matéria tratar de questões políticas, se há direitos individuais violados, não poderá o Judiciário deixar de protegê-los.<sup>325</sup>

Dentre as razões para o aumento de uma postura mais ativista do Poder Judiciário observam-se a consagração de uma legislação social ou *welfare*, com a criação de direitos sociais, e a necessidade de ação estatal para provê-los, fato este que coloca os juízes em posição de negar um caráter preceptivo a tais direitos e de promover uma efetiva implementação destes.<sup>326</sup>

---

<sup>322</sup> AMARAL, op cit., p. 8.

<sup>323</sup> Ibid., p. 9.

<sup>324</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 386.

<sup>325</sup> Ibid., p. 386.

<sup>326</sup> CAPPELLETTI, op cit., p. 41.

Conforme Elival da Silva Ramos<sup>327</sup> a definição dos limites para configuração de dada postura judicial como ativista varia conforme se trate de um sistema jurídico de *common law* ou *civil law*. Em princípio, o ativismo judicial caracteriza-se como uma atividade judicial que extrapola suas funções, em prejuízo, principalmente, das atividades legislativas. Ou seja, o ativismo judicial como a ação jurisdicional que fere o núcleo essencial das atribuições dos poderes Legislativo e Executivo<sup>328</sup>. Assim, em se tratando de sistemas de *civil law* observa-se que as decisões judiciais ficam limitadas às determinações legislativas estabelecidas, enquanto na *common law* a jurisprudência possui uma maior relevância como fonte do direito.<sup>329</sup>

Torna-se extremamente mais difícil definir atividades judiciais como ativistas em se tratando de um sistema jurídico de *common law*, na medida em que, na produção de normas jurídicas do referido sistema, observa-se uma maior aproximação das atividades legislativas e judiciais. Por se adotar uma conceituação ampla do termo ativismo judicial, engloba-se neste a interpretação teleológica, a integração de lacunas e situações de atuação judicial com desvio de função, nos casos em que se ultrapassam os termos legais.<sup>330</sup>

A ideia de ativismo judicial não corresponde, para os adeptos de uma postura não-interpretativista, a uma caracterização negativa deste, sendo, em verdade, uma postura valorizada por possibilitar que o direito se adapte a novas questões sociais e valores, através de concepções como a supremacia constitucional e controle de constitucionalidade, em contraposição a uma postura passiva e perpetuadora da lei estimulada pelo positivismo liberal (pregando a primazia da lei de forma absoluta). Nestes termos,

Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.<sup>331</sup>

Para os adeptos do literalismo e originalismo, quando não observada a prática do interpretativismo, se está diante de uma postura ativista, de conotação negativa, e que deve ser combatida por violar a democracia, o Estado de Direito, a objetividade, a segurança jurídica, o pluralismo ideológico, entre outros valores.<sup>332</sup>

Ainda acerca do ativismo judicial, este não se limita apenas à seara da jurisdição

<sup>327</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

<sup>328</sup> Ibid., p. 116.

<sup>329</sup> Ibid., p. 105.

<sup>330</sup> Ibid., p. 107.

<sup>331</sup> Ibid., p. 110.

<sup>332</sup> Ibid., p. 133.

constitucional em sentido estrito (controle de constitucionalidade), mas abrange todos os casos em que se está diante da correta aplicação da Constituição, restando caracterizada como postura ativista as atividades de fiscalização de atos legislativos e administrativos e o controle de atos administrativos concretos, de atos jurisdicionais exercidos pelos demais poderes e dos atos atinentes ao exercício da chefia de Estado.<sup>333</sup>

Dentre os fatores impulsionadores de um maior ativismo judicial no Estado brasileiro, esse fenômeno se deve ao modelo de Estado-providência observado no Brasil, onde se atribui ao Judiciário a realização das determinações constitucionais e fruição de direitos, em especial, dos sociais. Tal imposição acaba por acarretar uma atuação judicial que fere os limites constitucionais que lhes são impostos, violando núcleos essenciais de funções estatais, concretizando situações que a Constituição previu somente para o futuro.<sup>334</sup>

Certamente essas questões abrangem a discussão atinente ao controle judicial de políticas públicas e acesso judicial de medicamentos. A análise acerca da possibilidade de realização do direito fundamental à saúde pelo Judiciário, em sua vertente de acesso a medicamentos, não deixa de perpassar pelas questões das funções do Judiciário, seu papel e postura.

Tem-se, desta forma, que uma postura ativista do Judiciário mostra-se positiva, em que pese a ideia de transpor a sua natural inércia para um estado ativo, tendo em vista seu papel primordial de guardião de direitos fundamentais, em especial, no presente caso, o direito à saúde e a medicamentos. Perante lesões aos direitos fundamentais deve o Judiciário atuar de forma a resguardá-los.

Contudo, a presente temática, dada sua complexidade, não se restringe a discussões acerca da separação de poderes e Poder Judiciário, sendo levantadas, pela doutrina e decisões judiciais, as mais diversas discussões teóricas e teses para a defesa e contrariedade acerca do controle judicial de políticas públicas e concessão de medicamentos pelo Judiciário.

### **3.3 O controle judicial de políticas públicas: questões teóricas**

Demarcadas as questões elencadas como as mais significativas com relação à separação de poderes e o Poder Judiciário, merecem ser questionados outros pontos teóricos

---

<sup>333</sup> Ibid., p. 140.

<sup>334</sup> Ibid., p. 271.

frequentemente abordados quando da discussão da temática de fornecimento judicial de medicamentos, assim como apresentar algumas ponderações doutrinárias sobre a matéria.

Os referidos pontos perpassam pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade, colisão entre direitos fundamentais, ponderação de bens, reserva do possível, mínimo existencial, discricionariedade administrativa, princípios da eficiência, efetividade e o princípio da boa administração pública, além de algumas considerações da doutrina quanto ao fornecimento de medicamentos através de demandas apresentadas ao Poder Judiciário.

### 3.3.1 Proporcionalidade e Razoabilidade

Considerado como um princípio universal e inerente às constituições de um Estado democrático de direito, o princípio da proporcionalidade surge, segundo Wilson Antonio Steinmetz<sup>335</sup>, como forma de limitação do poder estatal Executivo no exercício do poder de polícia.

Conforme Luís Roberto Barroso<sup>336</sup>, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade apresentava-se aplicável, primeiramente, ao Executivo, conferindo não só limite, mas também legitimidade ao exercício do poder de polícia e atuação deste no âmbito privado.

Este princípio apresenta como raízes históricas a ideia de proibição do excesso da doutrina alemã e acabou por evoluir, constituindo-se como meio de controle do exercício de direitos fundamentais, sendo aplicável, então, a todos os poderes do Estado.<sup>337</sup>

O princípio da proporcionalidade não se apresenta de forma pacífica na doutrina brasileira, seja em sua terminologia, ou mesmo em seu conteúdo, sendo, por vezes, tido por princípio da razoabilidade.<sup>338</sup>

Gilmar Ferreira Mendes et al.<sup>339</sup>, por exemplo, têm como sinônimos o princípio da proporcionalidade e o da razoabilidade (ou princípio da proibição do excesso), entendendo ambos como uma pauta valorativa que se deriva de forma direta:

---

<sup>335</sup> STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001. p. 147.

<sup>336</sup> BARROSO, 2009a, p. 236.

<sup>337</sup> STEINMETZ, op cit., p. 148.

<sup>338</sup> Ibid., p. 148.

<sup>339</sup> MENDES et al., op cit., p. 121.

[...] das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a posituação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.<sup>340</sup>

O princípio da proporcionalidade tem uma natureza dúplice, apresentando tanto um caráter formal como material. O caráter material significa que o referido princípio possui visão substancial e conteúdo valorativo, observando todos os valores em questão, ao passo que o caráter formal apenas impõe o dever de ponderação sem qualquer critério material para tanto.<sup>341</sup> Ou seja, há uma obrigação em ponderar direitos fundamentais e define-se, de antemão, qual dos valores deverá prevalecer.

O princípio da proporcionalidade compõe-se como uma relação de meio e fim, sendo constituído por princípios parciais que são a adequação, a necessidade (também chamada de exigibilidade ou indispensabilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim,

O princípio da proporcionalidade, em matéria de limitação dos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade perseguida pela limitação, e o meio é a própria decisão normativa, legislativa ou judicial, limitadora que pretende tornar possível o alcance do fim almejado. O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não-excessivo, não-arbitrário. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional.<sup>342</sup>

Segundo Robert Alexy<sup>343</sup>, tal princípio encontra-se pautado nas máximas parciais da adequação (relação entre meio e fim), necessidade (onde entre os meios existentes deve-se optar pelo menos gravoso possível) e a proporcionalidade em sentido estrito (quando há superação das vantagens frente às desvantagens).

Quanto ao princípio parcial da adequação, Wilson Antonio Steinmetz<sup>344</sup> assevera que este impõe o dever de observar se, no caso concreto em discussão, eventual restrição de direito fundamental possui o condão de alcançar uma determinada finalidade, ou seja, deve ser decidido se a medida restritiva de direito fundamental, que é o meio, atinge determinada finalidade a ser alcançada, o fim.

Em relação ao princípio parcial da necessidade este impõe uma análise que desvende se há outro meio de atuação estatal que se mostre tão adequado e eficaz como a

<sup>340</sup> Ibid., p. 121.

<sup>341</sup> STEINMETZ, op cit., p. 155.

<sup>342</sup> Ibid., p. 149.

<sup>343</sup> ALEXY, op cit., passim.

<sup>344</sup> STEINMETZ, op cit., p. 149.

medida restritiva pleiteada, mas que seja, ao mesmo tempo, um meio menos gravoso ao direito fundamental que se pretende restringir.

Wilson Antonio Steinmetz<sup>345</sup>, apresenta o que chama de notas essenciais para a avaliação da necessidade de restrição de determinado direito fundamental, pontuando o autor que, primeiramente, a intervenção sobre dado direito fundamental deverá ser mínima, devendo-se suscitar a possibilidade de existir medida menos gravosa ao direito fundamental (intitulado como princípio da desconfiança ou da dúvida), a possibilidade de comparação entre as medidas restritivas com aplicação de um critério de prejudicialidade, bem como munir-se de um juízo empírico para avaliar qual atuação se mostra menos prejudicial ao direito fundamental a ser restringido.

No que diz respeito ao princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, este se observa com a análise da proporcionalidade entre a decisão relativa à restrição de determinado direito fundamental e a finalidade que se busca atingir com tal medida, caracterizando-se como princípio da justa medida.<sup>346</sup>

Luís Roberto Barroso<sup>347</sup> pondera que a medida de razoabilidade acarreta um juízo de mérito tomado pelo Judiciário, que não se identifica com uma atividade meramente objetiva de verificação da legalidade.

Deve-se observar, também, qual a fundamentação normativa aplicada ao princípio da proporcionalidade, que nesse caso ela não se apresenta de forma unívoca, nem mesmo se restringe a um fundamento único, apresentando, para tanto, uma multiplicidade de fundamentos.<sup>348</sup>

Wilson Antonio Steinmetz<sup>349</sup>, aduz posicionamento do Tribunal Constitucional Alemão que extrai o princípio da proporcionalidade da própria noção de Estado de Direito, sendo tal princípio inerente à constituição desta concepção estatal.

Observa-se, ainda, noção pela qual o princípio da proporcionalidade deriva dos conteúdos essenciais inerentes aos direitos fundamentais, em que, caso tais conteúdos sejam violados, de forma inadequada, desnecessária e desproporcional em sentido estrito, haverá o respectivo reflexo negativo no princípio em comento.<sup>350</sup>

A concepção é apontada por Wilson Antonio Steinmetz<sup>351</sup>, na medida em que,

---

<sup>345</sup> Ibid., p. 151.

<sup>346</sup> Ibid., p. 152.

<sup>347</sup> BARROSO, 2009a, p. 237.

<sup>348</sup> STEINMETZ, op cit., p. 159.

<sup>349</sup> Ibid., p. 159.

<sup>350</sup> STEINMETZ, op cit., p. 161.

<sup>351</sup> Ibid., p. 162.

para o autor,

Todo direito fundamental tem um núcleo duro, resistente, mínimo, invariável, determinável em abstrato, de uma vez por todas, que não pode ser afetado ou violado por uma decisão normativa, legislativa ou judicial, mesmo que essa medida seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Observam-se correntes que propõe como fundamento normativo do princípio da proporcionalidade o princípio da dignidade humana<sup>352</sup>, bem como que apontam a cláusula do *due process of law* como a sede material daquele princípio e a tese encampada pela doutrina brasileira, a qual defende a existência de múltiplos fundamentos normativos ao princípio da proporcionalidade.<sup>353</sup>

Em se tratando das finalidades do princípio da proporcionalidade, Wilson Antonio Steinmetz<sup>354</sup> leciona que estas apreendem as atividades de verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de determinadas decisões pertinentes a direitos fundamentais, impedindo a concretização de atos violadores de tais direitos por estarem em descompasso com os princípios parciais da proporcionalidade.

Neste ponto, discute-se a vinculação dos poderes estatais à proporcionalidade, destacando-se a vinculação do Legislativo quando da produção legislativa e apontando-se, inclusive, a possibilidade de atuação do Judiciário quando a atividade legiferante suplantar as diretrizes fixadas pelo princípio da proporcionalidade.<sup>355</sup>

Desta forma, pontua Wilson Antonio Steinmetz<sup>356</sup> que,

Certamente, o alerta é útil do ponto de vista preventivo. Contudo, há que se asseverar, mais uma vez, que o princípio da proporcionalidade tem como finalidade verificar se uma decisão normativa, legislativa ou judicial, que afeta, restringe ou limita um direito fundamental, é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. O exame de proporcionalidade é um limite a intervenções nos direitos fundamentais contrários à Constituição ou nela não justificadas. Não se pode invocar a separação de poderes para deixar em aberto a possibilidade de os direitos fundamentais ficarem à livre disposição do legislador. Nesse sentido, dos poderes públicos, o Legislativo é o primeiro a ter de se vincular ao princípio da proporcionalidade. O legislador também está vinculado à Constituição e, por conseguinte, aos direitos fundamentais. Evidentemente, como poder democraticamente legitimado pelo voto popular, poderá eleger os fins e os meios, mas nos limites da legitimidade constitucional. É o ponto pacífico que compete ao Poder Judiciário controlar a constitucionalidade da produção normativa do Poder Legislativo.

Contudo, em que pese tal atuação do Judiciário frente ao produto essencial da atividade legislativa, através do controle de constitucionalidade das leis, não se verifica,

---

<sup>352</sup> Ibid., p. 163.

<sup>353</sup> Ibid., p. 166.

<sup>354</sup> Ibid., p. 196.

<sup>355</sup> Ibid., p. 196.

<sup>356</sup> Ibid., p. 196.

conforme Paulo Bonavides<sup>357</sup>, violação à separação de poderes, em que pese, segundo o autor, uma superioridade judicial frente o Legislativo.

Em se tratando da concessão judicial de medicamentos, esse princípio se mostra essencial, na medida em que, frente ao caso concreto apresentado ao Judiciário, caberá ao julgador efetuar a análise da questão sob o prisma da proporcionalidade, vez que restará um conflito entre o direito à saúde e as alegações do poder público para negar o fornecimento da medicação pleiteada.

### 3.3.2 Colisão entre direitos fundamentais

Para Wilson Antonio Steinmetz<sup>358</sup> a colisão de direitos fundamentais caracteriza-se como uma das hipóteses de conflito entre direitos fundamentais, não se confundindo com as demais espécies de conflito de direitos, quais sejam, a concorrência de direitos fundamentais e as hipóteses de conflito entre direitos fundamentais e bem jurídicos constitucionais.

A concorrência de direitos fundamentais é entendida como a situação em que um único titular, por sua conduta, acaba por possibilitar o exercício de dois ou mais direitos fundamentais conflitantes.<sup>359</sup> Já o conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos fundamentais apresenta-se quando um determinado direito fundamental acaba por acarretar prejuízos ou contradições a certo bem jurídico protegido pela Constituição.<sup>360</sup>

A colisão entre direitos fundamentais caracteriza-se como um conflito concreto entre direitos fundamentais, isto porque tais direitos não se encontram determinados de forma definitiva e incontestada no plano da interpretação abstrata, podendo ocorrer colisões quando da concretização destes.<sup>361</sup> Observa-se, ainda, que a chamada colisão de direitos fundamentais *in concreto* poderá ser observada tanto entre direitos diversos como entre direitos idênticos, caracterizando uma colisão horizontal.<sup>362</sup> Da mesma forma haverá colisão *in concreto* entre direito fundamental individual e direito coletivo fundamental (caracterizado como um bem constitucionalmente protegido), entendida esta como uma colisão vertical.

---

<sup>357</sup> BONAVIDES, op cit., p. 363.

<sup>358</sup> STEINMETZ, op cit., p. 64.

<sup>359</sup> Ibid., p. 65.

<sup>360</sup> Ibid., p. 65.

<sup>361</sup> Ibid., p. 63.

<sup>362</sup> Ibid., p. 139.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>363</sup>, por sua vez, entende que apenas haverá uma colisão autêntica entre direitos fundamentais quando um titular diverso de um mesmo direito fundamental tiver de exercê-lo, gerando um conflito entre direitos. Tal hipótese não se confunde com a concorrência, em que há apenas um acúmulo de direitos. Por outro lado, há casos de conflito entre direito fundamental com outro direito constitucional não fundamental ocorrendo uma colisão de direitos em sentido impróprio.<sup>364</sup>

Dentre as hipóteses de colisão deve-se observar que há casos em que a decisão do referido conflito não se dá de forma pronta, através de simples utilização da norma, bem como que para tal colisão não há apenas uma decisão correta, nem mesmo uma mais correta que outra. Nestes termos,

Casos difíceis ou duvidosos são aqueles cuja decisão normativa final não é alcançada com uma simples interpretação e aplicação de normas. Isto é, não são casos passíveis de solução pela mera e imediata observância das normas. A solução não é a consequência de um imediato enquadramento normativo. Não há uma única solução correta possível. Cogitam-se alternativas. São situações que exigem complexas e refinadas técnicas de decisão.<sup>365</sup>

Já Ronald Dworkin<sup>366</sup>, entende como difíceis os casos “em que nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção”, havendo com relação a estes apenas uma resposta correta. Afirma o autor que nestes casos difíceis há apenas uma resposta correta na solução dos mesmos, e ainda que haja posicionamentos de que tal resposta única não passa de um mito afirma que “o ‘mito’ de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumento de que não se trata de um mito”.<sup>367</sup>

Nas situações de colisão, em especial em se tratando de colisão entre direitos fundamentais, como se apresenta a questão da concessão judicial de medicamentos, se está diante dos chamados casos difíceis, uma vez que as normas veiculadoras de direitos fundamentais apresentam mesmo patamar hierárquico e mesma força vinculante.<sup>368</sup>

Deve-se observar, perante colisões entre direitos fundamentais, qual seria o papel do Judiciário frente tal questão, o qual se mostra inafastável e preponderante.<sup>369</sup> O *status* justifica-se tendo em vista o princípio da inafastabilidade do controle judicial, o fato das colisões apresentarem-se em casos concretos que demandam solução judicial, bem como a

---

<sup>363</sup> CANOTILHO, op cit., p. 1270.

<sup>364</sup> Ibid., p. 1270.

<sup>365</sup> STEINMETZ, op cit., p. 68.

<sup>366</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 131.

<sup>367</sup> Ibid., p. 446.

<sup>368</sup> STEINMETZ, op cit., p. 68.

<sup>369</sup> Ibid., p. 70.

impossibilidade da atividade legiferante prever solução para todos os casos de colisão entre direitos fundamentais que possam ocorrer. Nestes termos,

Evidentemente, dos poderes públicos, o mais atuante, na solução de colisão de direitos, é o Poder Judiciário. Primeiro, porque, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao Poder Judiciário compete pronunciar-se sobre qualquer questão, bastando que se invoque sua apreciação por meio de mecanismos processuais adequados, sendo-lhe, ainda, vedado o *non liquet*. Segundo, porque a colisão sempre se dá em concreto. Terceiro, por mais hipóteses de colisão que possam prever, em abstrato, os legisladores constituinte e ordinário jamais poderão oferecer uma enumeração completa.<sup>370</sup>

Aponta Wilson Antonio Steinmetz<sup>371</sup>, ainda, que na solução de casos difíceis (em especial tratando-se de colisões entre direitos fundamentais) deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, por se mostrarem insuficientes a mera interpretação e aplicação das normas constitucionais que os preveem.

### 3.3.3 Ponderação de bens

Segundo Wilson Antonio Steinmetz<sup>372</sup>, ponderação de bens consiste em um método de solução para as colisões entre direitos fundamentais, em que se estabelecem preferências por determinados direitos em detrimento de outros quando os mesmos colidirem-se.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>373</sup>, por sua vez, entende a ponderação entre direitos como técnica que busca uma solução justa aos conflitos, através do estabelecimento de critérios de ordenação (criando uma hierarquia axiológica móvel) e tendo em vista o caso concreto em análise.

Esse método de solução de conflitos entre direitos fundamentais apresenta alguns pressupostos básicos para sua correta aplicação e que apontam como a ponderação se caracteriza como método aplicável a situações concretas e se operacionaliza através do princípio da proporcionalidade. Ou seja, observa-se, desta forma, a estreita relação entre princípio da proporcionalidade e ponderação de bens.<sup>374</sup> Também, para Luís Roberto

---

<sup>370</sup> Ibid., p. 70.

<sup>371</sup> Ibid., p. 69.

<sup>372</sup> Ibid., p. 140.

<sup>373</sup> CANOTILHO, op cit., p. 1237.

<sup>374</sup> STEINMETZ, op cit., p. 142.

Barroso<sup>375</sup>, a ponderação de direitos e o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade apresentam estreita relação, uma vez que o método da ponderação apresenta-se, para o autor, como um princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

A ponderação “consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas”, constituindo-se, atualmente, antes uma necessidade imposta para a interpretação constitucional, que uma mera corrente filosófica.<sup>376</sup>

Os pressupostos da ponderação consistem, primeiramente, na existência de uma real colisão entre direitos fundamentais e/ou bens constitucionalmente protegidos, verificada quando a concretização de um afete o outro, restringindo-o ou mesmo anulando-o.

Wilson Antonio Steinmetz<sup>377</sup> aponta, ainda, que não deve ser observada qualquer hierarquia entre os direitos em colisão, ou seja, deve inexistir, por óbvio, uma definição prévia de superioridade entre esses direitos.

Da mesma forma, Luís Roberto Barroso<sup>378</sup> pontua como ocorreria o processo de ponderação de direitos fundamentais, ressaltando que este se daria através de três etapas. Na primeira deve-se buscar identificar, no ordenamento jurídico, quais normas se mostram relevantes na solução do conflito entre direitos, bem como identificar se tais normas entram também em conflito entre si.

Posteriormente, se deve observar todo o contexto fático do conflito (fatos e circunstâncias), bem como a relação deste contexto com o ordenamento jurídico.<sup>379</sup> Por fim, deve-se decidir, chegando-se à fase da singularização da ponderação, analisando-se os grupos de normas e repercussões fáticas relativos a cada direito de forma conjunta, possibilitando a atribuição de pesos a estes e estabelecendo qual direito deverá preponderar *in concreto* e em que grau.

A correta concessão de medicamentos passa, desta forma, a ser ponderada pelo Judiciário em se tratando de controle de políticas públicas, com destaque para a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Há, portanto, a necessidade de uma ponderação de bens diante da colisão entre o direito aos medicamentos e a justificativa de proteção do interesse público ao negá-los, perpassando tal ponderação pela análise das

---

<sup>375</sup> BARROSO, 2009a, p. 362.

<sup>376</sup> Ibid., p. 360.

<sup>377</sup> STEINMETZ, op cit., p. 142.

<sup>378</sup> BARROSO, 2009a, p. 362.

<sup>379</sup> Ibid., p. 361.

argumentações da reserva do possível e do mínimo existencial.

### 3.3.4 Reserva do possível e mínimo existencial

Dentre outros argumentos apontados pelo poder público para refutar a possibilidade de controle de políticas públicas pelo Judiciário verifica-se a chamada reserva do possível, cujas origens e reconhecimento, segundo Elival da Silva Ramos<sup>380</sup>, remontam à Corte Constitucional alemã com o julgamento realizado em 18 de julho de 1972. Em pauta a discussão era relativa ao ingresso em curso superior de Medicina, em que se levantava o livre exercício de qualquer profissão e a limitação do número de vagas ofertada pelo curso, cujo número não atendia à demanda de alunos.

A reserva do possível caracteriza-se, conforme Anderson Rosa Vaz<sup>381</sup>, como gênero, significando aqueles eventos formais e materiais impeditivos da concretização de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. Como espécie do referido gênero observa-se a reserva do financeiramente possível, que se restringe apenas às questões orçamentárias limitadoras de direitos.

Em determinados casos, a tese da reserva do possível se mostra aceitável, em se tratando de situações imprevisíveis ou fenômenos naturais que tragam impossibilidade para o Estado concretizar direitos. Contudo, em relação à cláusula da reserva do financeiramente possível, em que pese a sua difícil aceitação, há a anuência desta tese por parte dos Tribunais brasileiros.<sup>382</sup>

Para Américo Bedê Freire Júnior<sup>383</sup>, a reserva do possível encontra-se dividida em um aspecto fático, caracterizado por um limite das possibilidades materiais do Estado, uma vez que se mostra impossível o atendimento simultâneo de todas as demandas sociais, e um aspecto jurídico, fundamentado na necessidade de previsão orçamentária prévia para a implementação de políticas públicas.

A argumentação encontra-se presente nas discussões judiciais no tocante ao acesso a medicamentos como garantia do direito à saúde, em que o Estado frequentemente aponta a limitação dos recursos públicos para o fornecimento extraordinário de

---

<sup>380</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

<sup>381</sup> VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 66, jan.-mar 2009, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 9-38. p. 28.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>383</sup> FREIRE JÚNIOR, op cit., p. 73.

medicamentos, bem como a grande carência de serviços básicos de saúde da população.

Em face da argumentação, deve-se realizar um juízo de possibilidade e proporcionalidade, ou seja, avaliar a possibilidade material da prestação da assistência farmacêutica com a disponibilidade do medicamento pleiteado, bem como verificar se a medida determinada se mostra adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.<sup>384</sup>

Salienta Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>385</sup> que os direitos fundamentais não se mostram absolutos, devendo, assim, o juiz ponderar se compete ao Estado a fornecer determinado medicamento extremamente oneroso e indispensável para um indivíduo comprometendo o orçamento público, seria uma situação mais benéfica do que o atendimento básico de centenas de outros cidadãos.

Essa situação confirma que “existe, portanto, um conflito direto entre o direito à vida de um cidadão, o qual busca através do Poder Judiciário, a sua sobrevivência, e o direito à vida de outros cidadãos, os quais dependem do orçamento público para sobreviver”.<sup>386</sup>

Neste ponto merece destaque o posicionamento de Cláudia Maria da Costa Gonçalves<sup>387</sup> sobre a reserva do possível, para quem, em uma sociedade capitalista como a brasileira, esse instituto constitui-se em regra, quando, em verdade, deveria caracterizar-se como exceção, não devendo colocar-se como discurso da Administração para justificar a não implementação de políticas públicas.

Logo, o que deveria ser uma exceção termina por se consolidar como regra, ou seja: o princípio constitucional da reserva do possível, que só deveria justificar a contenção de gastos públicos para além do básico, termina por servir de justificativa para políticas de assistência social pouco comprometidas com a redistribuição de riquezas, alicerçadas em programas minimalistas, residuais e afastados das diversidades culturais e pessoais de cada família.<sup>388</sup>

Contudo, deve-se ponderar que para o Poder Público alegar matéria defensiva referente à reserva do possível deverá cabalmente comprovar a impossibilidade de fornecimento do medicamento pleiteado, o que é corroborado pelo entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, em decisão proferida em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, para quem “comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado

---

<sup>384</sup> JORGE NETO, op cit., p. 149.

<sup>385</sup> Ibid., p. 152.

<sup>386</sup> APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 184.

<sup>387</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política Pública da Assistência Social na Constituição Federal de 1988: do não direito ao direito negado. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**. São Luís: PGJ, nº 14: 51-70, 2007. p. 65.

<sup>388</sup> Ibid., p. 65.

no texto da Carta Política”.<sup>389</sup>

Marco Maselli Gouvêa<sup>390</sup> assevera que a corrente doutrinária avessa à concessão de direitos prestacionais aduz, além da reserva do possível fática, a uma reserva do possível jurídica. A reserva do possível em sua modalidade jurídica trata dos casos em que ainda que o Estado seja materialmente capaz de conceder determinada prestação social ele não deverá fazê-lo, pelo motivo jurídico de que não cabe ao Judiciário a alteração do orçamento público. Isto, porque, a edição deste orçamento é papel único e exclusivo do Executivo e do Legislativo.

Contra-argumentando a tese da reserva do possível tem-se a ideia do mínimo existencial, elemento este decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, e cuja definição de seu conteúdo varia conforme a conjuntura na qual é questionado. A variação de conteúdo do mínimo existencial é apresentada por Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>391</sup>, ao alegar que aquilo que pode ser elencado como mínimo existencial, por exemplo no Brasil, não seria o mesmo que na Etiópia.

O sentido do mínimo existencial mostra-se na medida em que a ofensa a este limite venha a atingir a dignidade da pessoa humana, momento em que se impõe com mais força a necessidade de atuação do Judiciário, podendo até mesmo a ideia da reserva do possível ser flexibilizada.<sup>392</sup>

Aponta Marco Maselli Gouvêa<sup>393</sup> que o mínimo existencial remonta às questões ligadas à proteção da vida, liberdade e dignidade da pessoa humana, assumindo, desta forma, um “*status axiológico superior*” e um caráter de direito fundamental, uma vez que, sem a fruição de tais mínimos, os direitos de liberdade não poderiam ser exercitados pelos indivíduos. Desta forma,

A maioria dos autores não tem dificuldades em derivar o caráter fundamental do mínimo existencial de sua imprescindibilidade para a fruição da vida e da liberdade. Sem condições materiais mínimas, não há autonomia psíquica que permita ao indivíduo fazer escolhas, exercer sua cidadania e as oportunidades que formalmente a vida em sociedade lhe oferece. Como assentou certa feita o Tribunal Constitucional Federal alemão, “o direito de liberdade não teria nenhum valor sem os pressupostos fáticos para poder-se fazer uso dele”.<sup>394</sup>

<sup>389</sup> BRASIL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal**. Voto: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(adpf\(45.NUME.+OU+45.DMS.\)\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(adpf(45.NUME.+OU+45.DMS.))+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 7 mar. 2009b; passim.

<sup>390</sup> GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 341.

<sup>391</sup> JORGE NETO, op cit., p. 154.

<sup>392</sup> Ibid., p. 155.

<sup>393</sup> GOUVÊA, op cit., p. 364.

<sup>394</sup> Ibid., p. 367.

O conflito entre os conceitos de reserva do possível e mínimo existencial foi apontado pela paradigmática decisão de lavra do Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, em sede da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada em 29 de abril de 2004, com decisão ementada nos seguintes termos:

ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível"  
(Transcrições)

ADPF 45 MC/DF\*

**Relator: Min. Celso de Mello**

Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).<sup>395</sup>

Ressalte-se que a decisão judicial acima apontada, revela o mínimo existencial como “aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.<sup>396</sup>

Acerca da ideia de garantia do núcleo essencial, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>397</sup>, ao tratar da realidade constitucional portuguesa, assevera que em se tratando de direitos, liberdades e garantias há um denominado núcleo essencial, estando este presente, também, nos direitos sociais, econômicos e culturais.

Todos os indivíduos possuem o direito a um núcleo básico de direitos sociais (ou *minimum core of economic and social rights*), constituindo-se em requisito indispensável para a fruição de outros direitos e cuja não observância implica no cometimento de infração constitucional contra o Estado português.<sup>398</sup>

Corroborando com a permanência da prerrogativa dos indivíduos a um núcleo básico de direitos sociais, entendido como mínimo indispensável para a fruição de outros direitos, Anderson Rosa Vaz<sup>399</sup> pondera que ainda assim permanece a escassez de recursos, onde a limitação orçamentária estatal acaba por constituir-se em uma barreira para

<sup>395</sup> BRASIL, 2009b, passim.

<sup>396</sup> Ibid., passim.

<sup>397</sup> CANOTILHO, op cit., p. 518.

<sup>398</sup> Ibid., p. 518.

<sup>399</sup> VAZ, op cit., p. 29.

concretização de direitos sociais.

Gustavo Amaral<sup>400</sup>, por sua vez, pondera que todos os direitos, sejam direitos negativos ou positivos, representam um dispêndio para a Administração, bem como que a ideia de direito negativo se mostra errônea, tendo em vista que estes também demandam por uma prestação estatal onerosa para que o mesmo seja fiscalizado e implementado. Assim, identificar direitos negativos como direitos em que não há dispêndio de recursos e atuação estatal se mostra um erro. Quanto à reserva do possível, em se tratando da efetivação de direitos de cunho negativo, não se discute acerca das questões relativas aos custos para a concessão destes, em que pese tais direitos possuam os referidos gastos, conforme já assinalado.<sup>401</sup>

Da mesma forma, identificar peremptoriamente o direito social como direito positivo também se mostra errôneo, uma vez que há direitos sociais que não demandam uma conduta estatal específica para a sua concretude, como o direito de greve e de sindicalização.<sup>402</sup>

Acerca da natureza positiva dos direitos, todos esses, inclusive os de liberdade, são positivos, pois necessitam da atuação estatal para sua realização, sendo custeados pelo erário. Carlos Flávio Venâncio Marcilio<sup>403</sup> cita o exemplo do direito à propriedade, que depende do agir estatal para definir seu conteúdo, para protegê-lo (através da Polícia e Corpo de Bombeiros), da atuação dos Cartórios para registro e do Poder Judiciário para decidir acerca de ações em defesa da propriedade.

Tendo em vista a impropriedade da classificação aludida, Gustavo Amaral<sup>404</sup> aponta para a necessidade de uma classificação cujo parâmetro refira-se à existência intrínseca ou não de atuação estatal a fim de que direitos sejam eficazes. Os primeiros são denominados de direitos dependentes, como os relacionados à assistência social, e os demais são os direitos parcialmente dependentes.

Com relação aos direitos dependentes, eles estariam necessariamente acolhidos pela discussão da escassez de recursos ou, em outras palavras, estariam à mercê da reserva do possível, em que se impõe a necessidade de, em certas situações, realizar escolhas trágicas. Tais escolhas trágicas caracterizam-se como uma opção disjuntiva, não retroativa (uma vez

---

<sup>400</sup> AMARAL, op cit., p. 39.

<sup>401</sup> SARLET, 2009a, p. 295.

<sup>402</sup> AMARAL, op cit., p. 44.

<sup>403</sup> MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 66, jan.-mar 2009, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 155-169. p. 157.

<sup>404</sup> AMARAL, op cit., p. 44.

que não há negação do direito não prestado), bem como não prospectiva, pois no caso de surgirem condições materiais para a prestação do direito ele será atendido.<sup>405</sup>

Referida escassez, segundo Gustavo Amaral<sup>406</sup>, se daria não apenas sob uma vertente financeira, mas, também, em decorrência de recursos não financeiros, como ausência de pessoal qualificado e equipamentos, razão pela qual o tema da alocação de recursos se torna primordial, ainda mais em se tratando de questões relativas à saúde.

Tais decisões alocativas apresentam-se em duas vertentes, relacionadas a quanto disponibilizar, decisão de primeira ordem, e a quem atender, decisão de segunda ordem, e, ainda, decisões relativas à conduta do beneficiário, com a aplicação de medidas como igualdade de tratamento, filas ou sorteio.<sup>407</sup> Ressalte-se que Gustavo Amaral<sup>408</sup> também assevera que tais escolhas se apresentam de forma política e local, não se reduzindo a um único critério válido para decidi-las. Assim,

A escassez é inerente às pretensões positivas e de modo ainda mais acentuado quanto à saúde. Ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar. Há uma natural tentação a “decidir não decidir”, a não tornar clara a adoção de qualquer forma de alocação, tal como se a escolha não existisse.<sup>409</sup>

Todas estas medidas, quando tomadas, acabam por gerar outros riscos, o que justifica a complexidade de tais decisões e quão trágicas às vezes elas se mostram. Exemplificando, Gustavo Amaral<sup>410</sup> cita o caso em que ao proibir o uso de amianto nos freios de veículos, como medida para proteção da saúde dos trabalhadores, ocorrerá um aumento no número de acidentes automobilísticos, dada a ineficiência dos freios sem a referida substância.

Em que pesem as considerações tratadas, pondera Gustavo Amaral<sup>411</sup> que quanto aos direitos fundamentais e a exigibilidade destes haveria três correntes. Uma primeira, para qual todo e qualquer direito intitulado de fundamental se mostra plenamente exigível. Uma segunda, que pugna pela exigibilidade apenas dos direitos tidos por negativos, uma vez que os positivos sempre dependeriam para sua concretização da reserva do possível. E uma terceira corrente destaca a existência de determinados direitos com qualificação de mínimos existenciais que se mostram exigíveis independentemente, inclusive, da reserva do possível.

---

<sup>405</sup> Ibid., p. 45.

<sup>406</sup> Ibid., p. 75.

<sup>407</sup> Ibid., p. 81.

<sup>408</sup> Ibid., p. 95.

<sup>409</sup> Ibid., p. 100.

<sup>410</sup> Ibid., p. 82.

<sup>411</sup> Ibid., p. 35.

Deve ser ponderado, ainda, que uma divisão rígida e inflexível entre direitos exigíveis e não exigíveis gera alguma dificuldade, na medida em que o próprio conteúdo do mínimo existencial se mostra variável, não sendo este o caso, por exemplo, no interior do Maranhão e em São Paulo.<sup>412</sup> Esta variável deve ser considerada quando da apuração do mínimo existencial, na medida em que a própria escassez de recursos não se mostra uniforme em todo o território brasileiro.

Portanto, o mínimo existencial não deve ser observado apenas pelo enfoque da necessidade, mas também pelo enfoque da excepcionalidade, uma vez que em dadas situações como, por exemplo, catástrofes naturais, algo que é considerado essencial deixa de sê-lo pelo motivo citado.<sup>413</sup>

Diante de prestações devidas aos indivíduos deverá o Estado prestá-las ou, na impossibilidade de fazê-lo, apresentar as devidas justificativas para tanto, a fim de que se legitimem as escolhas trágicas que se mostrarem necessárias, tendo como parâmetros o grau de excepcionalidade e o grau de essencialidade. Se não há qualquer grau de essencialidade não se está perante uma escolha trágica e se não há excepcionalidade alguma não haveria razões para as pretensões de os indivíduos não serem atendidas.<sup>414</sup>

Aduz, ainda, Gustavo Amaral<sup>415</sup>, que o grau de essencialidade está relacionado ao mínimo existencial e àquelas prestações pautadas no princípio da dignidade da pessoa humana, em que quanto mais necessária for a prestação para a concretude da dignidade mais essencial esta será.

Da mesma forma, com relação ao grau de excepcionalidade, este deverá ser cada vez maior para o não atendimento de determinada prestação quanto mais esta seja essencial. Assim, se a essencialidade for maior que a excepcionalidade deverá a prestação ser atendida e, no caso da excepcionalidade ser maior que a essencialidade, a necessidade de escolha trágica por parte do Estado se justificará.<sup>416</sup>

Não estão sendo ponderadas, desta forma, apenas questões econômicas quando da necessidade de escolhas trágicas em razão de recursos escassos, nem mesmo devem preponderar somente as argumentações jurídicas, necessitando haver uma inter-relação entre as questões econômicas e jurídicas de forma que sejam observadas as melhores escolhas perante a realidade estatal. Desta forma,

---

<sup>412</sup> Ibid., p. 102.

<sup>413</sup> Ibid., p. 119.

<sup>414</sup> Ibid., p. 119.

<sup>415</sup> Ibid., p. 119.

<sup>416</sup> Ibid., p. 120.

Não se deseja reduzir o direito à economia. Não se quer subordinar o ordenamento jurídico e as decisões judiciais a uma racionalidade exclusivamente econômica. O objetivo é um intercâmbio ou um acoplamento estrutural entre as racionalidades jurídica e econômica sem negar a autonomia de cada área para melhor compreensão do fenômeno jurídico e para decisões políticas e jurídicas mais adequadas à realidade.

Como exposto, não se deseja que os direitos sejam reduzidos a relações de custo e benefício nem que o Direito e as decisões políticas e judiciais sejam comandados por máquinas de calcular operadas por economistas.<sup>417</sup>

Quanto à alegação da Administração Pública de falta de recursos para a concretização de prestações viabilizadoras de direitos fundamentais, Anderson Rosa Vaz<sup>418</sup> pontua que o Estado comete dois erros, desrespeitando direitos fundamentais e normas constitucionais atinentes à necessidade de planejamento orçamentário para o atendimento destas prestações. Neste sentido,

Ademais, é preciso entender que o Estado de Direito possui como pressuposto essencial à realização de um Estado Orçamentário. Significa que o equilíbrio entre receitas e despesas são normatizados pela própria Constituição, sendo o orçamento o instrumento de concretização desse balanço. Se o Estado alega falta de recursos para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais o erro é duplo: desrespeito aos direitos humanos e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentário.

[...]

Nesse sentido, não parece aceitável a alegação de reserva do financeiramente possível como limite à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Muito menos por parte do Poder Judiciário, que não tem legitimidade para dar interpretação restritiva à efetivação de direitos humanos. Se existem crianças fora da escola, por exemplo, e o Estado alega ausência de recursos financeiros suficientes para efetivar o direito à educação, é porque o Estado desrespeitou, além dos direitos humanos, regras de planejamento orçamentário educacional de curto, médio e longo prazo. Não pode, agora, valer-se de sua própria torpeza para furtar-se à obrigação de efetivar esse direito social.<sup>419</sup>

Esta perspectiva, contudo, deve ser invertida, passando a cláusula da reserva do possível de impedimento para condição de efetivação de direitos. Essa visão proporcionaria a concretude de um verdadeiro Estado Orçamentário, harmonizando-se receitas e despesas através da elaboração responsável do orçamento público e considerando-se as limitações financeiras impostas a um Estado capitalista.<sup>420</sup> A escassez de recursos, em verdade, impõe a realização de planejamento estatal.<sup>421</sup>

Com o orçamento público estruturado a Administração Pública poderia alegar a reserva do financeiramente possível, mas restaria o dever de demonstrar as previsões orçamentárias realizadas para o direito questionado, comprovando a atuação estatal pretérita,

<sup>417</sup> MARCILIO, op cit., p. 165.

<sup>418</sup> VAZ, op cit., p. 27.

<sup>419</sup> Ibid., p. 27.

<sup>420</sup> Ibid., p. 34.

<sup>421</sup> Ibid., p. 36.

presente e futura na realização deste direito.<sup>422</sup> Não se está, conforme Anderson Rosa Vaz<sup>423</sup>, a exigir uma implementação imediata de direitos, mas que seja observada a sua concretização progressiva.

Entende-se, assim, o direito à saúde e o acesso a medicamentos como prestação revestida de extrema necessidade, uma vez que, não raro, relaciona-se à própria existência dos indivíduos, pois decisões não concessivas deverão estar devidamente justificadas pela excepcionalidade da situação estatal e pela comprovação efetiva da aplicabilidade da teoria da reserva do possível ao Estado.

### 3.3.5 Discricionariedade administrativa

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>424</sup> a discricionariedade administrativa caracteriza-se como um dos poderes administrativos, sendo este poder aquele que legitima a possibilidade do administrador público realizar escolhas perante situações em que há várias possibilidades de decisão.

As origens do poder discricionário remontam ao princípio da separação das atribuições administrativas e judiciais, impedindo atuação judicial em questões atinentes à Administração. Este ensinamento foi desenvolvido pelo direito francês quando da Revolução Francesa.<sup>425</sup>

Destaque-se que o poder discricionário possui como papel o preenchimento das situações imprevistas pela lei, diante da impossibilidade desta prever todas as situações que poderiam ser observadas faticamente. Assim, defere-se ao administrador o poder de decisão e escolha, baseado em critérios de conveniência e oportunidade, em situações nas quais a lei não previu solução.<sup>426</sup>

Para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>427</sup> o poder discricionário caracteriza-se como

---

<sup>422</sup> Ibid., p. 34.

<sup>423</sup> Ibid., p. 35.

<sup>424</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 16.

<sup>425</sup> Ibid., p. 18.

<sup>426</sup> Ibid., p. 21.

<sup>427</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a. p. 48.

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

Acerca da discricionariedade administrativa tal conceito caracteriza-se como uma decisão vinculada à finalidade das normas em um dado caso concreto, justificando a existência da própria discricionariedade na impossibilidade de pré-fixação de apenas uma solução normativa para todos os casos concretos. Nestes termos,

É de presumir que não sendo a lei um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. [...] O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.<sup>428</sup>

No que tange à escolha mais adequada dentro do dever discricionário do Administrador Público, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>429</sup> aduz que este deverá sempre optar por aquele ato que venha a atender perfeitamente à finalidade prevista em lei, primando-se por aquelas providências tidas por excelentes. Verifica-se, então que o chamado poder discricionário trata-se, em verdade, de um dever discricionário, na medida em que a Administração Pública necessariamente deve submeter-se à lei, e onde a função discricionária deve ser exercida para cumprir a finalidade prevista na legislação.<sup>430</sup>

O que se observa, em se tratando de atos discricionários, é que estes traduzem um “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”.<sup>431</sup> Esta atuação subjetiva do Administrador que aduz ao reconhecimento ou determinação de situações fáticas refere-se à possibilidade de agir ou não e o momento para tanto, a forma jurídica em que se dará o ato e a eleição de determinada medida que atenda à situação fática e à finalidade legal.<sup>432</sup>

Pondera José dos Santos Carvalho Filho<sup>433</sup>, que é a lei que dá suporte ao poder discricionário, não podendo este ser exercido além dos limites legalmente fixados, sob pena

<sup>428</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007. p. 395.

<sup>429</sup> MELLO, 2010a, p. 33.

<sup>430</sup> Ibid., p. 15.

<sup>431</sup> Ibid., p. 18.

<sup>432</sup> Ibid., p. 17.

<sup>433</sup> CARVALHO FILHO, op cit., p. 22.

de configurarem-se atos arbitrários e ilegítimos que, por certo, não atenderão ao interesse público.

Diante de decisão discricionária a ser tomada, o administrador deverá pautar-se em valores como conveniência, oportunidade, justiça, razoabilidade, seus efeitos, causas e consequências, relação custo-benefício e proporcionalidade entre motivo e objeto do ato administrativo, para que a escolha administrativa se mostre legítima, legal e respaldada no interesse público.<sup>434</sup>

Outra questão passível de ser ponderada pelo Judiciário é a coerência lógica entre a decisão administrativa tomada e os fatos, pois, segundo Alexandre de Moraes<sup>435</sup>, inexistindo coerência a decisão estará eivada do vício da arbitrariedade (por não possuir justificativa fática), tornando-se, assim, alvo da atuação judicial para corrigi-la.

Desta forma, a ponderação necessária às escolhas administrativas constitui o que se denomina mérito administrativo, significando, justamente, a subjetividade inerente ao administrador quando se depara com situações em que deverá escolher a opção mais adequada para atender ao interesse público.<sup>436</sup>

Para José Eduardo Martins Cardozo<sup>437</sup> entende-se o mérito dos atos administrativos como

O campo de liberdade constituído por mais de uma alternativa válida posta à disposição do administrador público para a prática de um ato administrativo, identificado pela interpretação do ordenamento jurídico e dos fatos que, no plano concreto, propiciarão o exercício dessa competência administrativa.

Já para Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>438</sup>, mérito do ato administrativo

É o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

Com relação à possibilidade de controle judicial de atos discricionários, Odete

---

<sup>434</sup> Ibid., p. 22.

<sup>435</sup> MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 420.

<sup>436</sup> CARVALHO FILHO, op cit., p. 23.

<sup>437</sup> CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 57.

<sup>438</sup> MELLO, 2010a, p. 38.

Medauar<sup>439</sup> define posicionamentos para os quais o controle pelo Judiciário deveria se dar de forma restritiva, sob a justificativa de evitar a formação de um “governo de juízes”, onde o Poder Judiciário substituiria a competência discricionária do administrador.

Contudo, o poder discricionário encontra-se limitado, não se constituindo em poder absoluto. Essa limitação encontra-se na própria lei, de forma expressa, quando há indicação textual daquilo que não pode ser praticado pelo administrador, como limites implícitos, os quais não podem ser violados em razão do exercício do poder discricionário. Ademais, a discricionariedade mostra-se inaplicável em se tratando de competência, finalidade e forma dos atos administrativos.<sup>440</sup>

Quando verificada a falta de razoabilidade entre razões e finalidades dos atos administrativos restará caracterizado abuso do poder discricionário, passível de controle não só propriamente administrativo como também judicial. Nestes termos,

Enfim, discricionariedade não é um cheque em branco para o administrador. Nem representa poder sem limites. O poder discricionário só se legitima dentro dos parâmetros legais. A consequência para a inobservância desses limites é óbvia – atos e condutas devem sujeitar-se a desfazimento perante a própria Administração Pública ou, se esta não o fizer, perante o Poder Judiciário.<sup>441</sup>

Resta possível para José dos Santos Carvalho Filho<sup>442</sup>, desta forma, o controle judicial de atos administrativos discricionários tendo como parâmetro a legalidade, como meio de correção de condutas administrativas cometidas, não de forma discricionária, mas de forma arbitrária.

Da mesma forma, Alexandre de Moraes<sup>443</sup> entende que é possível o controle judicial de atos administrativos discricionários com o objetivo de atacar atos arbitrários e praticados com abuso de poder. Contudo, deverão ser respeitados os atos substancialmente políticos, não podendo o Poder Judiciário planejar e executar políticas públicas, nem praticar os atos discricionários necessários para sua implementação.<sup>444</sup>

No mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes<sup>445</sup> observa que, desta forma, até mesmo junto ao Supremo Tribunal Federal, a discricionariedade política não se mostra como obstáculo à atuação judicial se, *in casu*, há violação de direitos, uma vez que cabe tanto às

<sup>439</sup> MEDAUAR, Odete. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86.

<sup>440</sup> CARVALHO FILHO, op cit., p. 24-25.

<sup>441</sup> Ibid., p. 26.

<sup>442</sup> Ibid., p. 42.

<sup>443</sup> MORAES, op cit., p. 425.

<sup>444</sup> Ibid., p. 430.

<sup>445</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 388.

pessoas naturais como jurídicas o direito a uma prestação jurisdicional efetiva.

Também, José Eduardo Martins Cardozo<sup>446</sup> entende possível o controle judicial da discricionariedade administrativa em se tratando de atos ilegais, inválidos e arbitrários, somente estando impedido de agir o Judiciário nos casos em que os atos discricionários são praticados conforme a lei e quando estão elencados dentro de alternativa legítima. “Com efeito, se o poder discricionário começa quando termina a interpretação, da mesma forma pode-se dizer que o poder de controle judicial se inicia quando termina a discricionariedade”.<sup>447</sup>

Ressalte-se que, a partir dos princípios, mostra-se plenamente possível o controle judicial de políticas públicas, haja vista que se ao poder público cabe a discricionariedade na formulação e execução de políticas conforme a sua conveniência e oportunidade, por outro lado deve-se observar que esta discricionariedade não se afigura de forma absoluta e irresponsável.

A concessão judicial de medicamentos, desta forma, não conflita com o poder discricionário, não sendo possível argumentação da Administração Pública que alegue invasão do Judiciário frente a tal poder. Diante da negativa de prestação de determinado fármaco poderá o Judiciário determinar a sua concessão quando tal decisão administrativa mostrar-se ilegal e arbitrária.

### 3.3.6 Princípio da Eficiência e da Boa Administração Pública

O princípio da eficiência ganhou *status* constitucional com a edição da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, mas, conforme entendimento de Alexandre de Moraes<sup>448</sup>, este já se encontrava, para a doutrina e jurisprudência pátria, implícito na Constituição da República e plenamente aplicável.

Tal princípio, previsto no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, impõe aos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, à Administração direta, indireta e fundacional o dever de exercer suas atividades de forma eficiente, o que significa a obtenção

---

<sup>446</sup> CARDOZO, op cit., p. 56.

<sup>447</sup> Ibid., p. 58.

<sup>448</sup> MORAES, op cit., p. 426.

dos resultados desejados e conduta pautada na igualdade, objetividade e imparcialidade<sup>449</sup>.

O objetivo maior do princípio da eficiência é a persecução do bem comum, que deverá ser obtido através de conduta da Administração Pública baseada na imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e eficácia, ou seja, uma conduta “sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social”.<sup>450</sup>

Diante do princípio da eficiência, bem como do princípio da boa administração pública, relativiza-se o próprio poder discricionário da Administração, na medida em que, com base no pressuposto de otimização, não mais poderá o administrador escolher opções de atuação de forma aleatória e sim priorizar a melhor escolha que atenda ao caso concreto e ao interesse público.<sup>451</sup>

Quanto ao direito fundamental à boa administração pública Juarez Freitas<sup>452</sup> assinala que este se trata de

Direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Informe que somente serão legítimas aquelas escolhas públicas que se mostrem eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, revestidas de moralidade, responsáveis e respeitadoras da participação social. Da mesma forma, as decisões relativas à concessão ou não de medicamentos por parte da Administração Pública deverá estar revestida de tais características, sob pena de estas serem ponderadas pelo Judiciário.<sup>453</sup>

### 3.3.7 Princípio da Efetividade

---

<sup>449</sup> Ibid., p. 426.

<sup>450</sup> Ibid., p. 427.

<sup>451</sup> TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91-160. p. 128.

<sup>452</sup> FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 22.

<sup>453</sup> Ibid., p. 23.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>454</sup> o princípio da efetividade significa a concretização do preceituado nas normas e indica a força normativa destas, bem como a realização da função social propagada pelo Direito, do dever-ser normativo e o ser da realidade.<sup>455</sup>

Da mesma forma, o princípio encontra-se vinculado à juridicização da Constituição e conseqüente afirmação da força normativa de seus dispositivos, na medida em que esta existe para realizar-se.<sup>456</sup> Esse princípio restou consolidado no Brasil como meio para combater a insinceridade normativa e a supremacia política que permeia a Constituição.<sup>457</sup>

Em se tratando do princípio da efetividade mostra-se relevante tratar do conteúdo das normas constitucionais de forma que se possa verificar que grau de efetividade pode ser exigido de cada uma delas, e, em especial, quais conteúdos geram direitos subjetivos. Desse modo, o conteúdo das normas constitucionais como normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas.<sup>458</sup>

Normas constitucionais de organização são aquelas que tratam da organização estatal e do poder político, tratando da separação de poderes. São também conhecidas como normas de estrutura ou de competência.<sup>459</sup>

As normas constitucionais definidoras de direitos estabelecem os direitos fundamentais de dado Estado e constituem-se como aquelas geradoras de direitos subjetivos, positivos ou negativos, possibilitando ao seu titular, portanto, exigir seu cumprimento. Como exemplos de tais normas há os direitos políticos, sociais, individuais, coletivos e difusos previstos na Constituição Federal.<sup>460</sup>

Por fim, as normas constitucionais programáticas são aquelas que estabelecem princípios e fins a serem alcançados pelos Estados através de uma atuação a ser realizada futuramente, e que, portanto não se pode exigir atuação comissiva estatal para concretizá-los. Por outro lado, pode haver a exigência de comportamentos omissivos, com proibição de atos que visem a lesionar os fins e programas fixados, como exemplo a função social da propriedade e redução das desigualdades sociais.<sup>461</sup>

Em se tratando da efetividade de normas constitucionais, deve-se observar o

---

<sup>454</sup> BARROSO, 2009a, p. 254.

<sup>455</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b. p. 82.

<sup>456</sup> Id, 2009a, p. 253.

<sup>457</sup> Id, 2009b, p. 294.

<sup>458</sup> Id, 2009a, p. 261.

<sup>459</sup> Id, 2009b, p. 91.

<sup>460</sup> Id, 2009a, p. 262.

<sup>461</sup> Ibid, p. 262.

posicionamento de Luís Roberto Barroso<sup>462</sup> ao ponderar o maior avanço do legislador constitucional, em face do ordinário, no que diz respeito a questões sociais, como o direito à saúde. Deve-se, portanto, aplicar ao máximo possível as normas constitucionais de forma direta, sem condicioná-las pelas normas infraconstitucionais. Assim,

O legislador constitucional é invariavelmente mais progressista que o legislador ordinário. Daí que, em uma perspectiva de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional.<sup>463</sup>

Em se tratando da efetividade das normas constitucionais, o Judiciário apresenta-se como detentor de papel fundamental, na medida em que será através de ações constitucionais e infraconstitucionais que os indivíduos garantirão direitos subjetivos constitucionalmente previstos em face do Poder Público ou mesmo de outros indivíduos, como ocorre com a garantia do direito à saúde através da concessão judicial de medicamentos.<sup>464</sup>

### **3.4 O fornecimento judicial de medicamentos**

Feitas as referidas considerações, verifica-se que cabe ao Estado ser o idealizador e realizador de políticas públicas e que cabe aos poderes Legislativo e Executivo a realização do papel estatal (através de leis orçamentárias e da eleição de prioridades, dado o caráter autorizativo e não impositivo do orçamento). Assim, dependendo da função estatal elaboradora de políticas públicas se está diante de uma discussão diferenciada no tocante a estas políticas e seu controle.

Surge, então, em face da necessidade do referido controle, o Judiciário, com atribuição e função de resguardar direitos fundamentais, e, conseqüentemente, segundo alguns autores, com responsabilidade pela boa implementação e execução eficaz de políticas públicas, atuando, deste modo, como legítimo sujeito de políticas públicas.

Segundo Marco Maselli Gouvêa<sup>465</sup> os primeiros precedentes acerca da possibilidade de implementação de direitos sociais pelo Poder Judiciário ocorreram nos

---

<sup>462</sup> Ibid., p. 295.

<sup>463</sup> Ibid., p. 295.

<sup>464</sup> BARROSO, 2009b, p. 304.

<sup>465</sup> GOUVÊA, op cit., p. 313.

Estados Unidos na década de 60. Tal pioneirismo deve-se a fatores jurídicos, em razão do desenvolvimento da tutela coletiva (*class actions*) e mandamental (*injunctions*), bem como ao contexto econômico e social da época, dado ao crescimento econômico do país e ao desenvolvimento de movimentos sociais de caráter solidarista.

No Brasil, ao se tratar especificamente da concessão judicial de medicamentos, verificou-se que foi na década de 90 que se intensificaram as ações judiciais relativas à concessão de medicamentos via Poder Judiciário, principalmente medicamentos relativos à AIDS, a fenilcetonúria, câncer, cirrose, doença renal crônica e esclerose lateral amiotrófica.<sup>466</sup>

Dentre os fatores que implicam um aumento da judicialização de temas relativos a direitos sociais e políticos há uma maior constitucionalização, concretizada com a jurisdição constitucional presente em todas as instâncias, uma maior aplicação direta da Constituição Federal, bem como uma maior utilização de mecanismos como a interpretação conforme a Constituição e declarações de inconstitucionalidade.<sup>467</sup> Esses fatores se somam a uma maior consciência de direitos e busca pela sua concretização e um Judiciário revestido de garantias e de um papel político fundamentado em preceitos jurídicos.

O controle se mostraria possível na medida em que os direitos fundamentais que se visam preservar são normas constitucionais de aplicabilidade imediata e detentora de força normativa e que, segundo Konrad Hesse<sup>468</sup>, apresenta-se não só como um ser, mas como um dever-ser, não sendo apenas determinado, mas também determinante à realidade social.

A partir do momento em que se constitui uma insuficiência na implementação de políticas públicas, justifica-se, nas palavras de Rodrigo Sanches Garcia<sup>469</sup>, a sua judicialização e efetivo controle pelo Poder Judiciário para a preservação de direitos. Isto porque, conforme o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal a lei não excluirá de seu controle qualquer lesão ou mesmo ameaça a direito.

No instante em que o direito à saúde de um indivíduo mostra-se violado, cabível é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre as políticas públicas, mais especificamente no tocante ao acesso a medicamentos, na medida em que determinado fármaco pode mostrar-se fundamental à manutenção ou recuperação da saúde e preservação da vida.

Por outro lado, há de se considerar que uma ordem judicial impondo a implementação de uma política pública ofenderia, em tese, o princípio constitucional da

---

<sup>466</sup> Ibid., p. 317.

<sup>467</sup> BARROSO, 2010, p. 384.

<sup>468</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 15.

<sup>469</sup> GARCIA, Rodrigo Sanches. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/COTSOOFBRLYF.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2007. p. 104.

separação dos poderes, pois o Judiciário estaria invadindo a esfera de competência de um Poder (essencialmente o Executivo) no que tange à discricionariedade para definir as prioridades de investimentos. Contudo, tal argumentação deve ser enfrentada tendo em vista a necessidade de uma releitura do princípio da separação dos poderes, conforme já apresentado anteriormente.

Outras ponderações quanto à legitimidade do Judiciário no controle de políticas públicas feitas por Gouvêa<sup>470</sup> hão de ser consideradas. Aponta o autor que a judicialização de políticas públicas implicaria em uma violação à vontade popular ao contrariar as decisões dos representantes do povo, bem como se mostra relevante a existência de corpos técnicos junto à Administração Pública, detendo esta melhores condições, dados técnicos relevantes e visão macroscópica da situação socioeconômica do ente público e da população. As vantagens, por certo, proporcionariam uma melhor avaliação e formulação de políticas públicas, aparato este que não se mostra disponível ao Poder Judiciário.

Contudo, em que pese tal argumentação outras podem ser ponderadas no sentido de levantar o debate acerca dessa problemática.

Primeiramente, deve-se ponderar a questão com a argumentação de Norberto Bobbio<sup>471</sup> de que hoje, em verdade, a participação democrática se dá em grupos e não na forma concebida por Locke e Rousseau em que o indivíduo teria um papel direto na atuação democrática.

Ante essa constatação, Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>472</sup> assevera que os grupos que conseguem uma maior organização geralmente são aqueles com maior poder econômico e, embora devessem representar os interesses gerais do povo, acabam por buscar, unicamente, seus interesses particulares. Francisco Gérson Marques de Lima<sup>473</sup> aponta dados que mostram tal falta de representatividade política, onde, segundo o autor,

Abrimos, aqui, um breve espaço para estabelecer a correlação existente entre as classes socialmente estratificadas (basicamente: baixa, média e alta) e sua correspondente representação nos órgãos legislativos ou, mais do que isto, nos atores políticos, senão no próprio palco política. A uma análise perfunctória conclui-se que no Brasil as classes baixas, médias e alta representam, no índice populacional, respectivamente cerca de 70%, 25% e 5%, aproximadamente. No entanto, a representação política é inversamente proporcional, pois a classe alta fornece cerca de 70% (ou mais) dos representantes políticos da Nação, com cadeiras no Legislativo do país inteiro, enquanto a classe média participa com, aproximadamente, 20% e a classe baixa fica com os 10% restantes. Ou seja:

---

<sup>470</sup> GOUVÊA, op cit., passim.

<sup>471</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 34.

<sup>472</sup> JORGE NETO, op cit., p. 87.

<sup>473</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo** (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais). São Paulo: Malheiros, 2002. p. 120.

graficamente as pirâmides apresentam-se invertidas, de ponta-cabeça uma para a outra.

E, neste sentido, Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>474</sup> pontua que,

O que se dá é que, embora formalmente os representantes eleitos deveriam representar os interesses gerais da nação, na verdade, representam os interesses de alguns grupos que têm superior capacidade de organização, normalmente grupos que possuem invejável força econômica, deixando em segundo plano, até mesmo, os programas de partidos políticos a que são filiados. Normalmente a representação desses interesses está, de algum modo, ligada ao financiamento das campanhas eleitorais. Assim é que vemos, cotidianamente na imprensa, notícias que se referem à bancada ruralista, ao perdão ou parcelamento de dívidas fiscais concedido a esse ou aquele setor econômico etc.

Ou seja, como questionar a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas com o argumento de que seus membros não foram eleitos pelo povo, se estes investidos em mandatos eletivos não representam efetivamente seus eleitores e sim seus interesses privados?

Some-se a isto as ponderações de Luís Roberto Barroso<sup>475</sup> ao apontar que os processos eleitorais, em que seus resultados deveriam ser fruto da livre e consciente manifestação popular, muitas vezes são conduzidos através de mecanismos que tolhem a liberdade de escolha do cidadão, tais como uso da máquina administrativa, abuso de poder econômico ou mesmo a manipulação dos meios de comunicação.

Então, questiona-se como justificar a não atuação do Judiciário frente às políticas públicas através do argumento de que seus membros e, conseqüentemente, suas decisões não representam a vontade popular se, por vezes, tal vontade do povo se encontra viciada frente a práticas eleitorais abusivas?

Segundo Nagibe de Melo Jorge Neto<sup>476</sup> a decisão judicial apresenta-se como fruto de um processo dialético, em que esta não se mostra como resultado unicamente do entendimento do juiz, mas abrange uma participação da sociedade na formação dos valores jurídicos, o que confere legitimidade às decisões judiciais e as torna instrumento da democracia.

Tal processo dialético se daria,

Ainda que posicionadas estrategicamente em busca do próprio interesse, as partes acabam fornecendo ao julgador o conjunto de dados que é necessário para o deslinde da demanda. O juiz, de sua posição imparcial, acaba por assumir o ponto de vista de cada uma das partes. Por meio do julgador, as partes dialogam e expõe seus argumentos. O juiz retira dos argumentos o excesso e a parcialidade, procurando o que há neles de racional e verdadeiro. Com isso, elabora uma síntese dos

<sup>474</sup> JORGE NETO, op cit., p. 87.

<sup>475</sup> BARROSO, 2010, p. 391.

<sup>476</sup> JORGE NETO, op cit., p. 112.

argumentos, procurando dar ao caso a melhor solução possível.<sup>477</sup>

Por diversas vezes haverá apenas o Judiciário para resguardar os valores inerentes ao regime democrático, não significando com isto que o poder se apresente como superior ou um superpoder frente aos demais.<sup>478</sup> Não há possibilidade de se negar, na atualidade, que os direitos fundamentais não sejam jurídicos e exigíveis, sendo que a negação de tal pressuposto apenas se respalda em argumentos ideológicos, sem caráter científico.<sup>479</sup>

Sobre a possibilidade de controle judicial acerca da efetividade de direitos sociais, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>480</sup> assevera que, conforme posicionamento do Tribunal Constitucional Português, as normas relativas a direitos sociais constituem-se em parâmetros para o controle judicial e, ainda, que estes direitos sociais só se tornam eficazes e exequíveis após a atuação conformadora e concretizadora do Legislativo. Desta forma, há possibilidade de controle por parte do Judiciário acerca de direitos sociais em situações específicas, como a verificação da atuação legislativa sobre a densificação de direitos sociais e se estes estão sendo realizados de forma gradual.<sup>481</sup>

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>482</sup> também fala da possibilidade de controle judicial no que se refere a uma verificação de razoabilidade com fundamento no princípio da igualdade, no sentido de que as prestações deverão ser distribuídas de forma igualitária aos indivíduos. Há, ainda, um controle judicial de razoabilidade no que se refere a imposições legislativas que acabam por violar o próprio direito social, como, por exemplo, os casos de previsão de prazos de caducidade ou prescrição destes direitos.

Deve-se observar a discussão de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>483</sup> no tocante ao princípio da democracia social e econômica, princípio este que significa uma imposição juridicamente vinculativa aos poderes Legislativo e Executivo de promoverem direitos econômicos e sociais para alcançar uma sociedade democrática, como previsto na Constituição portuguesa. Esse princípio, por si só, não poderia de forma imediata e autônoma possibilitar pretensões jurídicas subjetivas, na medida em que se configura como um princípio jurídico fundamental objetivo, cuja concretização é papel do Legislativo e não do Judiciário.<sup>484</sup>

---

<sup>477</sup> Ibid., p. 113.

<sup>478</sup> BARROSO, 2010, p. 391.

<sup>479</sup> Id, 2009b, p. 102.

<sup>480</sup> CANOTILHO, op cit., p. 519.

<sup>481</sup> Ibid., p. 519.

<sup>482</sup> Ibid., p. 520.

<sup>483</sup> Ibid., p. 338.

<sup>484</sup> Ibid., p. 343.

Contudo, em determinados casos, haverá a possibilidade, de através de demandas judiciais, pleitearem-se pretensões subjetivas pautadas no princípio da democracia social e econômica, assumindo este um valor vinculante imediato. Essas hipóteses configuram-se como inconstitucionalidades da lei por violação do princípio da socialidade.<sup>485</sup>

A primeira hipótese são os casos em que há inconstitucionalidade por omissão, ou seja, quando o Legislativo, de forma arbitrária, deixa de atuar. A segunda diz respeito aos casos em que se resguarda o princípio da defesa de condições mínimas de existência o que, com fundamento na dignidade da pessoa humana, possibilita a satisfação de necessidades sociais dos indivíduos. Por fim, há o caso em que o legislador restringe leis de proteção social, infringindo o mínimo existencial dos indivíduos.<sup>486</sup>

Para Fernando Aith<sup>487</sup>, em se tratando do direito à saúde, caracterizado como um direito humano fundamental, social e possuidor de relevância pública, este se reveste de força normativa capaz de exigir do Estado brasileiro sua efetivação, na medida em que se caracteriza como um direito público subjetivo, tanto individual como coletivo.

Desta forma,

Assim, podemos perceber que, como Direito Social, o Direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para a sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o Direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico. Assim, o Direito à saúde é ao mesmo tempo um direito social e um direito subjetivo pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam que o Estado adote medidas específicas em benefício da sua saúde ou que o Estado se abstenha de adotar ações que possam causar prejuízos à saúde individual ou coletiva (ou seja, também exige abstenção do Estado, como por exemplo não poluir o ambiente)<sup>488</sup>.

Gustavo Amaral<sup>489</sup>, analisando julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relativos ao fornecimento de medicamentos, assevera que se observam três posicionamentos possíveis frente tais acórdãos, quais sejam, um direito à saúde absoluto e prioritário, em que não há margem para ponderação de valores, não vigorando nem mesmo qualquer argumentação da Administração Pública frente a impossibilidades materiais na prestação do direito; uma segunda posição em que o direito à saúde e, conseqüentemente, a obrigação estatal em prestá-lo, se reduz ao desenvolvimento de políticas públicas; e um terceiro posicionamento afirma ser o direito à saúde seara em que, por

<sup>485</sup> Ibid., p. 343.

<sup>486</sup> Ibid., p. 343.

<sup>487</sup> AITH, op cit., p. 72.

<sup>488</sup> Ibid., p. 72.

<sup>489</sup> AMARAL, op cit., p. 12.

haver escassez de recursos, não caberia a atuação do Judiciário.

Sobre esses posicionamentos Gustavo Amaral<sup>490</sup> diz que pugnar por um direito à saúde absoluto é algo difícil, na medida em que não se pode negar que o Estado brasileiro enfrenta escassez de recursos e que perante tal realidade não há como desviar-se de momentos em que haverá escolhas trágicas a serem feitas.

Quanto à atuação do Judiciário frente às prestações ditas positivas esta deverá pautar-se na fiscalização das condutas dos poderes Legislativo e Executivo, onde se pode observar se as pretensões requeridas pelos indivíduos restam atendidas no plano fático ou se há violação do direito pleiteado.<sup>491</sup> Para esta análise faz-se necessário utilizar dos métodos interpretativos disponíveis, bem como do instrumento da ponderação, que se concretizará tendo em vista valores, princípios e regras em face de situações fáticas, com o estabelecimento de parâmetros acerca das decisões estatais.<sup>492</sup>

Gustavo Amaral<sup>493</sup> posiciona-se sobre a questão entre extremos, sendo que ao primeiro considera haver uma dicotomia entre direitos negativos e positivos, e quanto ao segundo o autor chama de “ingenuidade positivista”, em que o direito à saúde, por restar consagrado na Constituição, mostra-se absoluto e independente dos custos que este pode gerar. Desta forma, se mostra plenamente exigível o que denomina mínimo existencial.<sup>494</sup>

Quanto ao assunto específico da prestação de medicamentos uma visão onde todos devem ter atendidas de forma absoluta suas demandas relativas a medicamentos acaba por tornar o Judiciário um alocador de recursos públicos, permitindo, através de liminares, que se efetuem compras pela Administração Pública sem procedimento licitatório.<sup>495</sup>

O referido autor também observa que se deve abandonar o discurso panfletário em que se afirmam questões como o mau uso das verbas públicas pela Administração. Argumentos como esses não justificariam, para o autor, a concessão indiscriminada de decisões liminares determinando a concessão de medicamentos, nem mesmo estas se mostram aptas a corrigir o mau emprego de verbas públicas. Nestes termos,

Dizer que o Estado tem verbas nem sempre bem empregadas, muitas vezes consumidas com fraudes é constatação feita a partir do noticiário dos jornais que, d.m.v., tem o mesmo valor jurídico do que dizer, também a partir de notícias de jornal, que há máfias por trás da “indústria de liminares de medicamento”: nenhum. Isto pode ter emprego em discursos panfletários, em discurso de justificação de decisões cujo fundamento é outro, talvez não explicitado, numa linha de realismo

---

<sup>490</sup> Ibid., p. 18.

<sup>491</sup> Ibid., p. 115.

<sup>492</sup> Ibid., p. 115.

<sup>493</sup> Ibid., p. 117.

<sup>494</sup> Ibid., p. 118.

<sup>495</sup> Ibid., p. 140.

jurídico pela qual o magistrado decide por sua convicção e cria um pálio de justificação. Tal como não se acaba com inflação por decreto, não é por liminar ou sentença que se consegue retirar do “desvão” a verba mal empregada ou desviada e se prestigia os fins públicos. Nelson Rodrigues disse certa vez que “o subdesenvolvimento não se improvisa”. O processo civilizatório e a superação do patrimonialismo também não.<sup>496</sup>

Contrapondo esse entendimento, Dalmo de Abreu Dallari<sup>497</sup> pontua que a alegação de “indústria de liminares” fora cunhada por governantes que tiveram seus atos sustados por decisões judiciais, demonstrando sua imaturidade com a democracia e o direito. Deve-se asseverar que em relação a toda e qualquer indústria esta possui, inexoravelmente, uma matéria-prima sem a qual não poderia manter-se. A matéria-prima, em se tratando da indústria de liminares, é, justamente, atos ilegais e inconstitucionais emanados do Executivo, e ainda afirma, também, que bastaria o respeito à Constituição e a lei para que a referida indústria deixasse de existir.

Liana Cirne Lins<sup>498</sup> pontua que os argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais correspondem a uma suposta baixa densidade normativa de tais direitos, a reserva do financeiramente possível e o princípio da separação dos poderes. Quanto à densidade normativa dos direitos, esta consiste na possibilidade de definição, em nível constitucional, do conteúdo da norma, em razão do fornecimento de forma precisa do seu objeto e conteúdo.

Com relação aos direitos sociais, estes já são detentores de densidade normativa, uma vez que o legislador já realizou suas opções normativas, restando apenas a concretização dos direitos escolhidos<sup>499</sup>. Desta forma, além de já encontrarem-se devidamente densificados já foram os direitos sociais, em sua maioria, regulamentados pela legislação infraconstitucional.<sup>500</sup>

No que toca à reserva do financeiramente possível, esse princípio, por vezes, é utilizado pelo Estado como mera defesa sem qualquer fundamento fático, com o objetivo de deixar de prestar direitos constitucionais sociais.<sup>501</sup> O artifício em utilizar sem qualquer critério o princípio da reserva do financeiramente possível acaba por fomentar a “*legitimação cínica da omissão do Estado*”, diante do quadro crônico de falta de recursos financeiros para

<sup>496</sup> Ibid., p. 141.

<sup>497</sup> DALARRI, 2008, p. 65.

<sup>498</sup> LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 46. Vol. 182. abr.-jun. 2009: Brasília. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/194915/1/000865479.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2011. p. 54.

<sup>499</sup> Ibid., p. 54.

<sup>500</sup> Ibid., p. 59.

<sup>501</sup> Ibid., p. 63.

satisfação mínima das áreas sociais, sobretudo quando se excluem as vias de controle jurisdicional sobre os gastos públicos”.<sup>502</sup> Pontua-se que

No Brasil, entretanto, o princípio da reserva do possível tem, muitas vezes, exercido função de *mero topos retórico destinado à desqualificação a priori dos direitos sociais*, visto que é lançado mão à revelia mesmo da verificação da disponibilidade efetiva do livro-caixa do Estado, como se se partisse do pressuposto de que o Estado não terá recursos financeiros suficientes à efetivação daqueles direitos. A pressuposição de que a alegação de ausência de recursos não necessita de demonstração acaba por conferir ao instituto certos *contornos místicos*. (Grifos do autor).<sup>503</sup>

Quanto à separação de poderes não existe uma independência real entre os poderes estatais, uma vez que só se poderia falar em sistema de freios e contrapesos e controle recíproco caso os poderes sejam interdependentes. Quando o Judiciário, para efetivar determinado direito, integra o ordenamento jurídico ou proporciona a concretização de direito social através do controle judicial da Administração Pública não está exercendo função que lhe é estranha, mas a função de jurisdição, própria do Poder Judiciário, o que evidencia a interdependência dos poderes.<sup>504</sup>

Com relação às considerações acerca do princípio da separação de poderes como um dos argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, não há que se falar em quebra do referido princípio, pois não se deseja com a justiciabilidade dos direitos sociais um governo de juízes, inapropriado para a solução de questões políticas e interesses coletivos.<sup>505</sup> Contudo, da mesma forma, não é admissível um desgoverno, no qual Legislativo e Executivo lesam direitos sociais através de omissões abusivas e inconstitucionais, sendo estas omissões passíveis de controle judicial.<sup>506</sup>

Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>507</sup> apontam que, em se tratando do controle judicial de políticas públicas para inclusão ou exclusão de medicamentos nas listas estabelecidas pela Administração, se mostram mais eficientes as demandas coletivas, uma vez que possibilitam um debate mais amplo da questão com as camadas interessadas. Nestes termos, as demandas individuais exerceriam apenas um papel de pressão apto para efetivar políticas públicas, como ocorreu no caso dos portadores de HIV.

“Deste modo, a concessão dos medicamentos não deve se pautar por uma

<sup>502</sup> Ibid., p. 64.

<sup>503</sup> Ibid., p. 63.

<sup>504</sup> Ibid., p. 70.

<sup>505</sup> Ibid., p. 69.

<sup>506</sup> Ibid., p. 69.

<sup>507</sup> LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o STF. Revista **Interesse Público – IP.**, ano 12, nº 64, nov. dez. 2010. Belo Horizonte: Fórum, p.105-130. p. 123.

abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios, desde o prisma das políticas públicas”.<sup>508</sup>

Tratando acerca da melhor abordagem processual relativa às demandas para o fornecimento judicial de medicamentos, tem-se o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover<sup>509</sup>, para quem todas as espécies de ações mostram-se aptas a propiciar o controle judicial de políticas públicas, sejam ações coletivas, individuais com efeitos coletivos ou mesmo ações meramente individuais.

Assim, conforme Ada Pellegrini Grinover<sup>510</sup>, “mesmo na tutela jurisdicional exclusivamente individual é aplicável o princípio de que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção de qualquer direito ou interesse.”

Deve-se pontuar, por outro lado, que se encontra tramitando junto à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. Tal projeto prevê de forma específica o tratamento de ações coletivas para proteção do direito à saúde, dá prioridade de tramitação para os feitos coletivos, bem como possibilita um tratamento extrajudicial de prevenção ou reparação de danos coletivos, como meio alternativo e eficaz de solução de conflitos. Desta forma dispõe o Projeto de Lei em comento:

#### CAPÍTULO I

##### DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, **da saúde**, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

#### CAPÍTULO XI

##### DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

<sup>508</sup> Ibid., p. 126.

<sup>509</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. Vol. 7, nº 7, 2010, p. 9-37. p. 35.

<sup>510</sup> Ibid., p. 33.

§ 2o O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3o Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4o O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Quanto à judicialização, esta apresenta-se como o “fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas instituições políticas e sociais”.<sup>511</sup> Como condições para o seu desenvolvimento no Estado brasileiro tem-se a instituição de um sistema de seguridade social, que garante aos indivíduos prestações relativas, por exemplo, ao direito à saúde. Tais prestações, por certo, conforme Danielle da Costa Leite Borges e Maria Alicia Dominguez Ugá<sup>512</sup>, entraram no âmbito de proteção do Judiciário, devendo tal poder concretizá-las.

Em que pese a atuação indispensável do Poder Judiciário frente a judicialização de políticas públicas, este não se encontra preparado para decidir tais questões, uma vez que apenas são corriqueiras as ações judiciais relativas a conflitos bipolares, onde uma parte ganha e outra perde, situação diversa dos conflitos distributivos, de caráter policêntrico e plurilateral, onde os ganhos ou perdas incidirão sobre toda a sociedade. No que toca ao direito à saúde e acesso a medicamentos os conflitos se enquadram na categoria dos distributivos, onde se verificam decisões alocativas acerca de recursos escassos, que em nada se assemelham às decisões relativas aos conflitos bipolares, em que há apenas uma indenização entre duas partes e cujo raciocínio não se mostra aplicável às questões distributivas.<sup>513</sup>

Como outros limites à atuação do Judiciário na judicialização de políticas tem-se a falta de legitimidade em impor regras relativas a alocação de recursos públicos, competência esta inerente aos Poderes Legislativo e Executivo e, ainda, a metodologia de julgamento do Judiciário que se baseia na análise de fatos, leis e jurisprudências passadas, o que contraria a lógica das demandas distributivas, em que se deve decidir observando-se tais questões no futuro e a longo prazo.<sup>514</sup> Deve ser observado, ainda, que o Poder Judiciário não se encontra suficientemente aparelhado para decidir questões relativas às demandas distributivas, não

---

<sup>511</sup> BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**. v. 10, n. 1 Mar/Jul. 2009, p. 13-38. Disponível em: <[http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci\\_arttext](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 1 fev. 2011. p. 17.

<sup>512</sup> Ibid., p. 21.

<sup>513</sup> Ibid., p. 22.

<sup>514</sup> Ibid., p. 28.

possuindo órgãos técnicos especializados e os dados necessários para solução de tais conflitos.<sup>515</sup>

Tendo em vista tais fragilidades do Judiciário perante decisões relativas aos direitos sociais, Danielle da Costa Leite Borges e Maria Alicia Dominguez Ugá<sup>516</sup> observam que este deverá ser preparado para que produza decisões que atendam às particularidades das demandas em questão. Deve o Judiciário observar a padronização e listas de medicamentos fixados pelo Ministério da Saúde, informações propiciadas através de uma maior proximidade com o Executivo, e, nos casos em que determinado medicamento não esteja previsto, que adote critérios como a indispensabilidade do fármaco, preferência por medicação nacional e genérica, bem como observe se a prescrição advém do sistema público de saúde.<sup>517</sup>

A respeito da possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas atinentes a direitos fundamentais, Ana Paula de Barcellos<sup>518</sup> aponta três modalidades de crítica sobre a questão. Uma primeira trata-se de crítica acerca da teoria da Constituição e que se traduz diante do questionamento de por que o Direito e o Poder Judiciário interferem em políticas públicas, estas matérias típicas dos poderes eleitos, com fundamento na necessidade de interpretação judicial.

A segunda trata da crítica filosófica e traduz a indagação do por que seriam os juristas melhores, mais éticos, mais envolvidos com o interesse público e mais sábios, em tomar decisões relativas às políticas públicas se estas são de responsabilidade dos poderes Executivo e Legislativo.

Já a terceira crítica diz respeito ao cunho operacional e se apresenta como aquela cujo argumento aduz que o Judiciário não possui condições de avaliar, em uma demanda individual, todo acerto ou desacerto da globalidade da atuação estatal acerca de determinada política.

Quanto a essas críticas, Ana Paula de Barcellos<sup>519</sup> pondera que em relação à crítica referente à teoria da Constituição, em que pese considerar que decisões relativas ao *quantum* a ser dispendido com determinada política fique a cargo do Executivo e Legislativo, tem-se que o gozo de direitos fundamentais se mostra indispensável para um bom exercício dos direitos democráticos e do controle social, sem os quais restaria o desenvolvimento de

---

<sup>515</sup> Ibid., p. 28.

<sup>516</sup> Ibid., p. 30.

<sup>517</sup> Ibid., p. 31.

<sup>518</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

<sup>519</sup> Ibid., p. 108.

políticas públicas marcado pela corrupção justamente pela falta de controle.

No que tange à crítica filosófica, esta acaba por diminuir de intensidade caso o conteúdo relativo ao controle esteja amparado pela Constituição Federal, elementos normativos, argumentos morais, conhecimentos técnicos e científicos e tratar-se de direitos fundamentais com reflexos na dignidade da pessoa humana.<sup>520</sup>

Quanto à crítica operacional, observa-se que, mesmo o Judiciário tratando primordialmente de questões relativas à microjustiça, não se deve perder de vista que a macrojustiça, propagada pelas políticas públicas, se constrói com o somatório de microjustiças efetivadas. Ademais, a macrojustiça, “não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas”<sup>521</sup>.

Ana Paula de Barcellos<sup>522</sup>, posicionando-se no sentido da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, diz, ainda, em que casos seria possível o exercício deste controle, sendo estes, a fixação de metas e prioridades pelo poder público em se tratando de direitos fundamentais; o resultado final esperado pela implementação de políticas públicas; a quantidade de recursos a ser investida; o atingimento de metas fixadas pelo poder público (observado quando não são tornadas públicas as informações acerca da questão) e a eficiência mínima na aplicação de recursos públicos (entendida por esta o aspecto financeiro e a economicidade das medidas).

No que toca ao campo da saúde, deve-se destacar que a escassez apresenta-se, nas palavras de Gustavo Amaral<sup>523</sup> como uma “característica implacável”. Não se trata a escassez de recursos, portanto, de mero defeito ou acidente, mas de situação que se mostra inevitável, não apenas no campo da saúde ou acesso a medicamentos, mas também em diversas outras prestações sociais.

No mais, esta escassez inexorável muitas vezes se dá não apenas no campo financeiro. Assim, deve-se observar que a escassez também se revela na falta de profissionais especializados ou mesmo equipamentos, destacando-se que, em curto prazo, tais questões não conseguem ser resolvidas mesmo dispondo-se de recursos financeiros.<sup>524</sup>

Por outras vezes, a escassez pode originar-se da onerosidade excessiva de determinados tratamentos, em especial aqueles relativos a doenças raras que acometem reduziíssimo número de indivíduos. Contudo, o valor individual não deve ser o único

---

<sup>520</sup> Ibid., p. 125.

<sup>521</sup> Ibid., p. 125.

<sup>522</sup> Ibid., p. 116.

<sup>523</sup> AMARAL, op cit., p. 151.

<sup>524</sup> Ibid., p. 172.

parâmetro para avaliar a excessiva onerosidade do tratamento, uma vez que, tendo em vista a grande massa populacional que arcará com os custos, bem como a pequena população acometida por doenças raras, certamente o custeio deste tratamento será menos oneroso do que um pequeno incremento em tratamentos corriqueiros<sup>525</sup>.

Outra questão que merece ser ponderada diz respeito ao orçamento público é a necessidade de uma maior participação popular nas decisões alocativas e elaboração de políticas públicas, publicizando-se as escolhas e dividindo-se, com isto, as responsabilidades inerentes às aplicações de recursos públicos em determinados projetos e ações em face de outros dada a escassez de recursos.<sup>526</sup>

Pondera Gustavo Amaral<sup>527</sup> que:

Na aplicação é preciso ter em consideração o caso concreto. Ele inclui não apenas a necessidade relativa àqueles indicados ou referidos na demanda, mas também os resultados que razoavelmente se pode esperar (1) da enunciação como regra de que todos os casos com as mesmas características devem ser ou não atendidos e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros. O órgão que foi para um não vai para outro, o remédio que um recebeu o outro não toma, construído o centro de referência para queimados, os tuberculosos não serão ali atendidos.

Esta é tarefa do processo judicial, não apenas do julgador. Incumbe em especial ao órgão público justificar suas escolhas. O não atendimento de pretensão abarcada pelo mínimo existencial pressupõe razão extrema, que ou bem é notória como um cataclismo, ou deve ser cabalmente demonstrada. Cabe ao órgão público ao menos delinear “quem paga a conta”, qual o perfil daqueles que foram beneficiados pelo nível de decisão alocativa tomado e seriam prejudicados se fosse determinado o atendimento pretendido na demanda. Cabe à Advocacia Pública zelar para que tais informações sejam prestadas nos autos e orientar não apenas que as escolhas sejam fundamentadas, mas que haja registro disto. O espaço para argumentos puramente formais ou etéreos, como separação de poderes, mérito do ato administrativo, prevalência do interesse público são de pouco valor prático.

Assim, a escassez apresenta-se, como o limite para concessão de prestações, cabendo ao Judiciário, diante de tais demandas, avaliar as situações concretas e as repercussões de sua decisão, não apenas em relação às partes da ação, mas também seus reflexos perante toda a população, tarefa esta inerente não apenas ao julgador.<sup>528</sup>

Cabe, também, segundo Gustavo Amaral<sup>529</sup>, aos Advogados Públicos prestar corretamente as informações relativas às consequências que determinada prestação possa causar às contas públicas, explicitando de forma completa as justificativas das decisões alocativas e escolhas trágicas tomadas pela Administração, bem como demonstrar os graus de excepcionalidade e essencialidade norteadores de tais decisões. Apenas cabíveis

<sup>525</sup> Ibid., p. 173.

<sup>526</sup> Ibid., p. 179.

<sup>527</sup> Ibid., p. 183.

<sup>528</sup> Ibid., p. 183.

<sup>529</sup> Ibid., p. 183.

argumentações teriam o condão de influenciar a decisão judicial, em que argumentos como separação de poderes e supremacia do interesse público apresentam-se como meramente formais e sem utilidade prática.

Por fim, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>530</sup> aduz à força vinculante da Constituição e informa que o texto constitucional não se mostra como um simples ideário, aspirações, conselhos, opiniões, mas possui determinação, disciplina obrigatória e impositiva, bem como que as disposições constitucionais, inclusive as relativas a direitos sociais, conferem um verdadeiro dever ao Estado.

É pertinente o posicionamento de Ronald Dworkin<sup>531</sup>, para quem se faz necessário levar os direitos a sério, devendo o governo apresentar de forma coerente as respostas mais corretas acerca dos direitos dos indivíduos, além de haver alguma instância do Estado que se manifeste de forma final quanto a tais direitos. Desta forma,

Sem dúvida, é inevitável que alguma instância do governo tenha a última palavra sobre que leis serão efetivamente implementadas. Quando os homens discordam sobre os direitos morais, nenhuma das partes tem como provar seu ponto de vista e alguma decisão deve prevalecer, se não quisermos que a anarquia se instale. Mas esse exemplo de sabedoria ortodoxa deve ser o início, e não o fim, de uma filosofia da legislação e da aplicação das leis. Se não podemos exigir que o governo chegue a respostas corretas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos ao menos exigir que tente. Podemos exigir que leve os direitos a sério, que siga uma teoria coerente sobre a natureza desses direitos, e que aja de maneira consistente com suas próprias convicções.<sup>532</sup>

No que se refere às políticas sociais estas devem buscar atender o senso de bem comum da maioria dos indivíduos e, da mesma forma, apresentarem-se como uma garantia de respeito da maioria pela minoria, impondo-se, assim, a maior seriedade possível quanto à deliberação acerca de direitos estabelecidos. Esta seriedade é que implicará na diferenciação entre o direito e a barbárie organizada e obediência à lei por seus fundamentos, posturas estas que acarretarão em direitos e leis levados a sério. Neste sentido, manifesta-se Ronald Dworkin<sup>533</sup>:

A parte principal do direito – a parte que define e executa as políticas sociais, econômicas e externas – não pode ser neutra. Deve afirmar, em sua maior parte, o ponto de vista da maioria sobre a natureza do bem comum. Portanto, a instituição dos direitos é crucial, pois representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas. Quando as divisões entre os grupos forem mais violentas, esse gesto, se o direito de fato funcionar, deve ser o mais sincero possível.

A instituição requer um ato de fé das por parte das minorias, porque o alcance de

<sup>530</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Efetividade das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010b. p. 11.

<sup>531</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 286.

<sup>532</sup> *Ibid.*, p. 286.

<sup>533</sup> *Ibid.*, p. 314.

seus direitos será controverso sempre que forem direitos importantes, e porque os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos. Sem dúvida, esses representantes irão discordar de muitas das reivindicações apresentadas pelas minorias. Isto torna ainda mais importante que eles tomem suas decisões com seriedade. Devem demonstrar que sabem o que são direitos e não devem trapacear quando examinam o conjunto das implicações da doutrina correspondente. O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.

Deve-se observar, ainda, que, conforme Friedrich Müller<sup>534</sup>, as normas constitucionais não devem limitar sua aplicação apenas aos casos de restrição de liberdade, devendo o acesso do povo à proteção jurídica através de vias legais e a participação política transcenderem os meros escritos constitucionais. É necessário, segundo Friedrich Müller<sup>535</sup>, retirar a democracia constitucionalmente prevista de um “*law in the books*” para um “*law in action*”.

Perante tal contexto observa-se uma exclusão social, que não se restringe à pobreza ou marginalização, mas abrange também a exclusão econômica, financeira, jurídica, cultural e política, fruto de uma reação em cadeia.<sup>536</sup> Esta exclusão, contudo, não alcança apenas os indivíduos, mas alcança e fere da mesma forma a democracia. Ou seja, “as vítimas não são apenas as pessoas; com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem-Estar Social, os direitos de defesa contra o Estado bem como, em termos iguais, os direitos de participação, e sobretudo a central ‘igualdade perante a lei’”.<sup>537</sup>

Desta forma, ao menos no que toca ao campo jurídico, a possibilidade de redução da exclusão social caminha, entre outras condições, pela alteração de uma concepção simbólico-nominalista da Carta Constitucional para uma ideia de normatividade da Carta, impondo-se os seus preceitos.<sup>538</sup>

Não se deve por outro lado, aguardar a evolução da sociedade para que tal medida seja adotada, devendo-se fazer o movimento inverso, promovendo a evolução social através de condutas como movimentos de cidadania, proteção jurídica e ações individuais.<sup>539</sup> Nestas ações individuais podem ser enquadradas aquelas atinentes ao fornecimento judicial de medicamentos, como um destes mecanismos de enfrentamento da exclusão social no que toca

<sup>534</sup> MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre**, Edição Especial, out. 2000. Disponível em: <[http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p\\_secao=12](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=12)> Acesso em: 22 abr. 2011. p. 29.

<sup>535</sup> Ibid., p. 60.

<sup>536</sup> Ibid., p. 38.

<sup>537</sup> Ibid., p. 28.

<sup>538</sup> Ibid., p. 55.

<sup>539</sup> Ibid., p. 56.

a uma das vertentes do direito à saúde.

#### **4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS: O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO**

Nos primeiros capítulos apresentados buscou-se traçar um panorama teórico acerca das questões que envolvem o tema do acesso a medicamentos por meio judicial e a concretização do direito à saúde. O arcabouço doutrinário, além de fornecer os dados considerados mais relevantes à discussão teórica do tema em questão, acaba por, também, fomentar e subsidiar uma discussão empírica.

Esta discussão empírica, que trata da concessão judicial de medicamentos, por certo, tem como elemento primário a decisão judicial, que se apresenta como a concretização e a realização do objeto de pesquisa, e cuja análise se mostra primordial para que se obtenha um estudo mais prático e dinâmico.

A análise de julgados constitui-se em elemento essencial para que seja visualizada a aplicação em casos concretos das questões teóricas já abordadas, possibilitando ultrapassar o campo meramente teórico, transformando teoria em prática, bem como observar os debates anteriores em conflitos jurídicos reais.

Ressalta em importância um estudo teórico-prático, ainda, em razão da possibilidade de se observar as decisões judiciais sob um patamar teórico, observando em que medida o Judiciário aplica e posiciona-se a respeito do tema em questão, além de verificar a origem, o fundamento, ou mesmo, o interregno de tempo para emissão destas decisões.

Ainda, além das razões apresentadas acerca das vantagens de uma análise de decisões judiciais aliadas a um estudo teórico, tem-se que se tais decisões forem colhidas junto ao Judiciário local, maior utilidade permeará a pesquisa, uma vez que contribuirá para um melhor entendimento da realidade próxima.

Em se tratando da temática do direito à saúde merece destaque a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal, onde foram assentados diversos posicionamentos aptos a embasar futuras decisões judiciais, constituindo-se em marco relevante para as questões atinentes à saúde pública.

Guiado por essas premissas o presente estudo realizou um levantamento das ações judiciais ajuizadas nos anos de 2008, 2009 e 2010 junto à 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão, em que a pretensão jurídica era o fornecimento de medicamentos e

demais insumos correlatos em face do poder público, bem como acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em que se vindicava o mesmo bem jurídico.

#### 4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Audiência Pública - Saúde

Convocada em 05 de março de 2009 pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública da saúde contou como fundamento legal dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal<sup>540</sup>, quais sejam, os artigos 13, XVII e 363, III, que estabelecem a possibilidade de o Presidente do Tribunal, através de despacho, convocar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com conhecimentos em determinada matéria que possua interesse público relevante.

Conforme o Despacho de convocação, a Audiência Pública<sup>541</sup> apresentou como fundamento fático as inúmeras ações judiciais em trâmite na Corte Suprema, relativas a pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada junto à Presidência do Supremo Tribunal Federal.

Em relação às matérias abordadas na audiência pública estas se referiam a prestações atinentes ao direito à saúde, dentre as quais o acesso a medicamentos, vagas em leitos de Unidade de Terapia Intensiva – UTI, custeio de tratamentos fora do domicílio, entre outras.

Questões como essas, por certo, apresentam grande interesse público, uma vez que, conforme o Despacho em questão<sup>542</sup>, os pedidos de suspensão de cautelares fundamentavam-se em alegações atinentes a lesões à ordem, segurança, economia e saúde públicas, restando evidenciados o relevante interesse público e a repercussão geral envolvendo a matéria.

Realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril de 2009 e 04, 06 e 07 de maio de 2009 a Audiência Pública da Saúde abordou as seguintes temáticas: O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário; Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS; Gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do sistema;

---

<sup>540</sup> BRASIL. **Regimento Interno**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Dezembro\\_2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf)>. Acesso em: 1 fev. 2011a. passim.

<sup>541</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Despacho Convocatório. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010b.

p.1  
<sup>542</sup> Ibid., p. 2.

Registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; Políticas públicas de saúde – integralidade do sistema; e Assistência farmacêutica do SUS.

Acerca destas temáticas foram apresentados os posicionamentos de cinquenta especialistas, dentre eles juristas – magistrados, promotores e procuradores de justiça, defensores públicos e professores – médicos e técnicos da saúde, gestores públicos, bem como os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS.

As exposições buscaram esclarecer questões técnicas, científicas, políticas e econômicas que permeiam as temáticas inerentes à questão da saúde pública brasileira e sua judicialização, como revela o discurso de abertura da Audiência Pública proferida por Gilmar Ferreira Mendes.<sup>543</sup>

Considera-se necessário apresentar algumas questões assentadas nessa Audiência relativas à temática ora abordada do acesso a medicamentos e efetivação do direito à saúde, uma vez que produzidas por especialistas revestidos de autoridade em suas matérias e experiência teórica e prática, elas reforçaram e complementaram as questões teóricas já levantadas.

Em sua fala de abertura Gilmar Ferreira Mendes<sup>544</sup> pondera a relevância do tema da judicialização de políticas de saúde, por tratar-se de matéria que transcende a seara jurídica, com importância para administradores públicos, profissionais da saúde e usuários, abrangendo discussões importantes tanto na esfera teórica como fática.

Resta para Gilmar Ferreira Mendes<sup>545</sup> que o grande conflito envolvendo a temática sintetiza-se no confronto entre a concretização do direito social à saúde em face do equilíbrio e manutenção do sistema público de prestação da saúde, ressaltando que a política inerente a este sistema se encontra fixada no orçamento público.

O então Procurador-Geral da República, Antonio Fernando Barros e Silva de Souza<sup>546</sup>, em sua fala, sintetizou as motivações que levam a pleitear judicialmente prestações relativas a seu direito à saúde. Os indivíduos buscam tutela jurisdicional em face de uma política pública já existente, bem como nos casos, em que pese a existência e execução de determinada política de saúde, esta é insatisfatória e insuficiente para o atendimento das

---

<sup>543</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Abertura do Ministro Presidente Gilmar Mendes. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia\\_PublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia_PublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010c. p. 2.

<sup>544</sup> Ibid., p. 2.

<sup>545</sup> Ibid., p. 2.

<sup>546</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr.\\_Antonio\\_Fernando\\_Barros\\_e\\_Silva\\_de\\_Souza\\_\\_\\_ProcuradorGeral\\_da\\_Republica\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010d. p. 2.

demandas. Ademais, cite-se os casos em que inexistente política pública para fornecimento das prestações necessárias à concretude de certa vertente do direito à saúde.

Pontua Antonio Fernando Barros e Silva de Souza<sup>547</sup> que o direito à saúde dos indivíduos não deve ficar condicionado às omissões estatais, cabendo ao Judiciário tutelar o direito do cidadão ainda que haja outro medicamento ou tratamento disponibilizado pela rede pública, nos casos onde estes não sejam os adequados à situação peculiar do indivíduo. Assim, aquele fármaco ou tratamento tido como necessário e eficaz, mesmo que não figure dentre os elencados na política de saúde estatal, deverá ser disponibilizado a quem dele necessite.

Deverá, segundo Antonio Fernando Barros e Silva de Souza<sup>548</sup>, ainda, a decisão judicial relativa à concessão de prestações de saúde avaliar se as prescrições médicas atendem às diretrizes e consensos médicos majoritários e ponderar acerca de questões relativas à escassez de recursos, a concepção do direito à saúde não apenas como um direito individual, mas também social e à necessidade, em regra, de registro destas prestações junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Esse registro constitui-se em meio de tutela da saúde pública.

Conforme Alberto Beltrame<sup>549</sup>, então Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde, há necessidade de compatibilização de um sistema ideal de políticas de saúde, firmado pela Constituição Federal, e o sistema real, posto aos indivíduos, considerando-se todas as questões econômicas, técnicas e orçamentárias existentes e a necessidade de uma boa alocação dos recursos disponíveis com eleição de prioridades.

Busca Alberto Beltrame<sup>550</sup>, nessa colocação, alcançar o patamar em que se priorize o interesse público e os melhores resultados decorram do menor custo. Contudo, segundo o expositor, muitas vezes o interesse público colide com os de mercado ou mesmo de consumo, bem como o desejo individual à prestação conflita com o direito coletivo e, o que seria um bem público, torna-se um bem de consumo.

Ainda que houvesse mais recursos, Alberto Beltrame<sup>551</sup> pontua que nem todas as novas tecnologias poderiam ser incorporadas às políticas estatais. Dentre estas há aquelas que ainda se encontram em estágios experimentais, pois a sistemática de incorporação leva em

---

<sup>547</sup> Ibid., p. 7.

<sup>548</sup> Ibid., p. 8.

<sup>549</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Alberto\\_Beltrami\\_\\_Secretario\\_de\\_Atencao\\_a\\_Saude\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami__Secretario_de_Atencao_a_Saude_.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010e. p. 2.

<sup>550</sup> Ibid., p. 4.

<sup>551</sup> Ibid., p. 5.

consideração aspectos não só econômicos, orçamentários, mas ainda morais, passando por ampla abordagem relativa à alocação de recursos e questões técnicas baseadas em evidências científicas, custo/benefício, custo/utilidade e elaboração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para o uso racional. Tais protocolos e diretrizes constituem-se em instrumentos aptos a promover a proteção do indivíduo e a sustentabilidade e integralidade do sistema sem desperdício de recurso e com os melhores resultados.

Alberto Beltrame<sup>552</sup> diz ainda que o mero registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária não impõe a adoção imediata da tecnologia pelo Sistema Único de Saúde, mas apenas atesta a segurança biológica e eficácia terapêutica, por exemplo, de um fármaco registrado, possibilitando sua lícita comercialização.

Ademais, impor ao Estado o custeio de tratamentos fora daqueles previamente estabelecidos pelo Sistema Único de Saúde traz, para Alberto Beltrame<sup>553</sup>, sérias e graves consequências nos campos da gestão, estrutura, planejamento, organização, administração e financiamento das ações e políticas de saúde já instituídas. E com relação à tratamentos ou drogas experimentais, além dos pontos levantados, ainda perduram riscos à saúde dos pacientes, na medida em que estas não se mostram aconselhadas por estarem ainda em fase de estudos e, às vezes, por não apresentarem resultados iguais ou mesmo até piores e com custo mais elevado em relação a tratamentos já incorporados ao sistema.

Alberto Beltrame<sup>554</sup> aponta algumas práticas aptas a melhoria e desenvolvimento do sistema público de saúde de forma que o mesmo se torne mais dinâmico frente às constantes inovações tecnológicas, entre estes, a atualização periódica dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas e incorporação de novas técnicas, conforme a melhor evidência científica; maior agilidade e transparência às decisões da Comissão de Incorporação de Tecnologias – CITEC – do Ministério da Saúde; aperfeiçoamento da pesquisa junto a redes de referência; incremento de centros de referência nos Estados-Membros e Municípios para assistir prescrições de medicamentos de alto custo e o estabelecimento de assessorias técnicas ao Judiciário através de centros de referência prestadas por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses e envolvimento com a prescrição de determinado paciente.

---

<sup>552</sup> Ibid., p. 7.

<sup>553</sup> Ibid., p. 9.

<sup>554</sup> Ibid., p. 11.

Também refletindo sobre a questão relativa à prestação de serviços de saúde Leonardo Lorea Mattar<sup>555</sup>, então Defensor Público-Geral da União em exercício, pondera que só há que se falar em atuação judicial nesta seara quando verifica-se déficit na execução destas políticas.

Resta assentado por Leonardo Lorea Mattar<sup>556</sup> que é de todo temerário o argumento em que a não previsão orçamentária de dada política impediria a sua concretização pela via judicial, uma vez que ao gestor que não pretendesse executá-la bastaria não prevê-la ou reduzi-la em suas peças orçamentárias.

Pontua, por sua vez, Flávio Pansiere<sup>557</sup>, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que o dogma da rigidez da separação de poderes encontra-se ultrapassado, pois não mais responde satisfatoriamente às demandas sociais. Não se mostra concebível, para Flávio Pansiere<sup>558</sup>, que apenas o Executivo e Legislativo possuam função concretizadora de direitos, restando ao Judiciário um papel de mero controlador negativo das ações dos citados poderes.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>559</sup>, em seu pronunciamento aponta que, apenas na metade dos anos 90, o Judiciário apresentou uma postura mais ativa com relação à judicialização de políticas públicas de saúde, superando a ideia de que as normas constitucionais relativas ao direito à saúde eram programáticas.

Impõe-se, para Ingo Wolfgang Sarlet<sup>560</sup>, frente às questões do direito à saúde, um controle judicial preventivo do orçamento público e um controle das informações sobre a execução orçamentária, visando a um maior controle do sistema e diminuição da necessidade de demandas individuais para tutela do direito à saúde, mas sem, contudo, eliminá-las, dadas as peculiaridades que se façam presentes *in casu*. Isto por não se apresentar o direito à saúde como um direito “de pronto”, mas que deve adequar-se às necessidades individuais.

---

<sup>555</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Dr.\\_Leonardo\\_Lorea\\_Mattar\\_\\_Defensor\\_\\_Publico\\_Geral\\_da\\_Uniao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar__Defensor__Publico_Geral_da_Uniao.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010f. p. 5.

<sup>556</sup> Ibid., p. 8.

<sup>557</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Flavio\\_Pansiere\\_\\_membro\\_da\\_Comissao\\_de\\_Estudos\\_Constitucionais\\_da\\_OAB\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere__membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010g. p. 4.

<sup>558</sup> Ibid., p. 4.

<sup>559</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010h. p. 2.

<sup>560</sup> Ibid., p. 10.

Maria Helena Barros de Oliveira<sup>561</sup>, representante da FIOCRUZ, considera em sua fala a necessidade de desmistificação e entendimento da judicialização da saúde, de uma maior compreensão do Judiciário acerca das políticas públicas de saúde e de maior percepção por parte do Executivo da inafastabilidade da atuação judicial frente à concretização do direito à saúde.

Em se tratando dos postulados inerentes ao sistema público de saúde, universalidade, igualdade, equidade, integralidade, estes, conforme Leonardo Bandarra<sup>562</sup>, então Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União, em sua fala perante audiência pública, podem e devem ser compatíveis com normas que estabeleçam o uso racional de prestações de saúde.

Com essa compatibilidade seriam providos benefícios como a boa organização e planejamento das políticas de saúde, bem como não se negaria a integralidade do sistema de saúde, mas passariam a ser adotadas as condutas necessárias e indispensáveis para a manutenção deste, conforme Leonardo Bandarra.<sup>563</sup>

Ainda quanto à questão da judicialização houve o pronunciamento de Luís Roberto Barroso<sup>564</sup>, para quem o fenômeno da judicialização apresenta-se como uma consequência natural do modelo constitucional brasileiro.

Restaria à judicialização, para Luís Roberto Barroso<sup>565</sup>, duas facetas, uma negativa e outra positiva. Na faceta negativa a existência da judicialização implicaria na inexistência de atendimento satisfatório das demandas pelos Poderes Legislativo e Executivo, estes os canais naturais de solução de demandas sociais. Já a faceta positiva implica em considerar que os direitos fundamentais não concretizados possuem um canal alternativo de satisfação através do Poder Judiciário.

O tema da judicialização de políticas de saúde acaba por envolver questões complexas quando determinado medicamento ou procedimento não é oferecido pelo sistema

---

<sup>561</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra.\\_Maria\\_Helena\\_Barros\\_de\\_Oliveira\\_Representante\\_da\\_Fundacao\\_Oswaldo\\_Cruz\\_FIOCRUZ\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra._Maria_Helena_Barros_de_Oliveira_Representante_da_Fundacao_Oswaldo_Cruz_FIOCRUZ_.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010i. p. 2.

<sup>562</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Leonardo Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO\\_BANDARRA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010j. p. 9.

<sup>563</sup> Ibid., p. 9.

<sup>564</sup> BRASIL. **Audiência Pública – Saúde**. Discurso de Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010k. p. 2.

<sup>565</sup> Ibid., p. 2.

de saúde, posicionando-se Luís Roberto Barroso<sup>566</sup> a respeito de duas situações, quando inexistir uma política pública ou esta é inadequada frente a uma demanda, caso em que deve o Judiciário manifestar-se positivamente à demanda ajuizada. Outra situação são os casos em que existe uma política pública adequada, mas que, em certos casos, alguns indivíduos ou grupos não são atendidos por ela.

Nesta última hipótese, Luís Roberto Barroso<sup>567</sup> pontua que a demanda deverá ser coletiva com decisão judicial que aborde todos que se encontram em mesma situação fática, medida esta que reduziria o número de demandas individualizadas, permanecendo apenas aquelas que revelarem urgência e grande necessidade.

#### **4.2 O Supremo Tribunal Federal e o fornecimento judicial de medicamentos: o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175**

Após os entendimentos apresentados na Audiência Pública – Saúde, realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cumpre observar quais as aplicações práticas de tais entendimentos e como estes foram apreendidos pela Corte Suprema em seus julgados relativos ao tema do direito à saúde e acesso a prestações correlatas ao referido direito.

Assim, procedeu-se junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal uma busca por julgados referentes a ações que tratassem acerca do tema do direito à saúde e acesso a medicamentos, cujos acórdãos tivessem sido proferidos após a realização da Audiência Pública – Saúde e que utilizassem os subsídios ofertados pelos diversos especialistas e expositores que ali se pronunciaram.

Selecionou-se o acórdão proferido em sede de Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175<sup>568</sup>, originária do Estado do Ceará, restando apensada a estes autos por identidade de conteúdo a Suspensão de Tutela Antecipada nº 178 interposta pelo Município de Fortaleza, tendo como relator o então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes.

---

<sup>566</sup> Ibid., p. 6.

<sup>567</sup> Ibid., p. 7.

<sup>568</sup> BRASIL. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175** – CE. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 17/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID=610255>>. Acesso em: 1 nov. 2010l. passim

Ressalte-se que o referido acórdão foi julgado por unanimidade de votos e menciona explicitamente a contribuição dos pontos teóricos e práticos debatidos junto à Corte Suprema quando da realização da Audiência Pública - Saúde por este Tribunal.

As Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178 foram formuladas em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por meio de sua Primeira Turma, nos autos da Apelação Cível nº 408.729/CE (2006.81.00.003148-1), onde o referido acórdão concedeu tutela antecipada em favor de Clarice Abreu de Castro Neves, impondo o fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat) à União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza.

O julgado em análise, então, diz respeito à Agravo Regimental interposto pela União em face de decisão proferida em sede de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, na qual o ministro Relator indeferiu a pretensão por entender não restarem presentes qualquer grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Como partes agravadas figuraram o Ministério Público Federal (responsável pelo ajuizamento da ação), Clarice Abreu de Castro Neves (interessada), Estado do Ceará e Município de Fortaleza.

O fornecimento de medicamento foi imposto em razão da comprovação da interessada ser portadora da enfermidade Niemann-Pick Tipo C, uma rara doença degenerativa. Ademais, foram colacionados aos autos laudos médicos que atestam aumento de sobrevida, melhora da qualidade de vida dos pacientes e impedimento do avanço da doença como benefícios alcançados através da utilização do medicamento Zavesca (miglustat) pleiteado. Verificou-se, ainda, a impossibilidade de a interessada arcar com o custo de tal medicação, orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês.

Perante o acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, foram ajuizadas as Suspensões de Tutela Antecipada nº 175 e 178, ambas julgadas improcedentes pelo Relator, mantendo-se a tutela antecipada concedida pelo referido Tribunal Regional Federal.

Dentre os argumentos refutados verificam-se: a falta de registro do medicamento pleiteado junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (em que pese a inexistência deste registro quando do ajuizamento da ação pelo Ministério Público Federal); a falta de comprovação da ineficácia do medicamento para o tratamento da doença Niemann-Pick Tipo C por parte da União e Município de Fortaleza, não restando como prova, para tanto, apenas a ausência de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas oriundas do Sistema Único de Saúde; como a impropriedade da alegação de indeferimento do fornecimento do fármaco pelo

fato de seu alto custo, já que o objetivo da Política de Dispensação de Medicamentos é proporcionar aos portadores de doenças raras o acesso aos tratamentos disponíveis.

Diante da manutenção da tutela antecipada deferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região foram interpostos os Agravos Regimentais em questão, reiterando-se os argumentos de que a decisão agravada implicará em grave lesão à ordem, à economia, às finanças e saúde públicas, bem como acarreta em violação ao princípio da separação de poderes, violação às normas inerentes ao Sistema Único de Saúde, interferência indevida do Poder Judiciário na atividade exclusiva da Administração Pública de formulação de políticas públicas, violação ao sistema de repartição de competências, ausência de normas que prevejam a responsabilidade solidária dos entes do Sistema Único de Saúde.

Ainda pondera a agravante que o financiamento de medicamento de alto custo propiciaria o desvio de recursos estatais a outras áreas não contempladas, a falta da prestação de serviços de saúde à população não beneficiária do fornecimento do medicamento em questão e o efeito multiplicador que poderia ser imposto por esta decisão aos casos assemelhados.

Em seu voto<sup>569</sup>, o Ministro relator aponta a grande relevância e complexidade do tema relativo ao direito à saúde, fornecimento de medicamentos e tratamentos e, por tais razões, a necessidade de apreciação do tema através de uma análise ampla das questões levantadas na ação principal, encontrando relevo, neste ponto, as discussões realizadas na Audiência Pública – Saúde, realizada em 2009 pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentre as argumentações apresentadas destaca-se a divergência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da interpretação e extensão do artigo 196 da Constituição Federal, relativo ao direito à saúde, e como este direito pode ser entendido como um direito subjetivo público a prestações estatais positivas e a possibilidade de tal direito constitucional ser vindicado judicialmente.

Pontua o referido voto<sup>570</sup> que as discussões doutrinárias acerca do direito à saúde e sua concretização relacionam-se com as ideias de mínimo existencial e reserva do possível, ressaltando-se que este direito, e os demais direitos fundamentais, possuem uma proibição de intervenção (caracterizado por uma proibição de excesso) e, ainda, um postulado de proteção, resguardando o direito em questão de uma proteção insuficiente.

Em se tratando de direitos fundamentais pondera o voto em análise a idéia de que estes, em qualquer modalidade, possuem custos, e que mesmo os direitos sociais, ou os

---

<sup>569</sup> Ibid., passim.

<sup>570</sup> Ibid., passim.

relativos às liberdades individuais, acarretam direitos a prestações e direito de defesa. Essas esferas, por sua vez, geram gastos públicos, voltando-se, desta forma, para a discussão dos temas da reserva do possível, escassez de recursos e decisões alocativas.

As decisões alocativas foram baseadas em parâmetros de macrojustiça, de justiça distributiva e de opções políticas, com o estabelecimento de prioridades realizadas através de escolhas trágicas, além da verificação de dados como o impacto de dada política considerando-se o número de indivíduos favorecidos, resultados obtidos, entre outros.

Quanto aos direitos sociais, o fato de estes se concretizarem através de prestações públicas, as quais demandam gastos públicos, levaria ao entendimento de que os dispositivos legais que os preveem possuem o caráter de normas programáticas, e que, para a sua concretização, dependeriam da elaboração prévia de políticas públicas, onde a atuação do Judiciário em realizá-los, sem tais políticas construídas, implicaria em lesão ao princípio da separação dos poderes e ao princípio da reserva do financeiramente possível.

Diante de critérios como esses, que pregam a impossibilidade de o Judiciário promover a efetivação de direitos sociais, não restaria qualificado para avaliar os parâmetros elencados, dado sua atribuição referir-se à aplicação de microjustiça.

Os defensores da atuação judicial concretizadora de direitos sociais argumentam, no entanto, ser o direito à saúde um direito fundamental indisponível e imprescindível para a proteção da dignidade humana, cabendo ao Poder Judiciário a sua defesa, ao menos, no que toca ao mínimo existencial do direito fundamental à saúde.

Quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais cita o referido voto a doutrina atinente à falta de determinação, imprecisão e impressionismo de tais direitos, caracterizando o que a doutrina chama de fuzzismo ou metodologia *fuzzy*, deslocando-se as decisões relativas a estes direitos para questões relacionadas às teorias da justiça, teorias da argumentação, teorias econômicas do direito e juízos de ponderação, este em razão dos conflitos existentes entre as dimensões individuais e coletivas destes direitos.

Dissecando o artigo 196 da Constituição Federal busca o voto em análise<sup>571</sup> ponderar acerca de cada preceito estabelecido neste dispositivo normativo, iniciando-se com a interpretação do enunciado do direito à saúde como um direito de todos.

Diante da concepção do artigo 196 da Constituição Federal, em que a saúde é um direito de todos, o voto em análise aponta que, deste fragmento do dispositivo constitucional, pode-se aferir uma dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não figurando tais

---

<sup>571</sup> Ibid., passim.

dimensões apenas como um caráter programático dada a força normativa que reveste os dispositivos constitucionais.

No que tange à dimensão individual do direito à saúde, esta ficou consagrada através do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello<sup>572</sup>, observando tal direito como público subjetivo e gerador de obrigações estatais e, conseqüentemente, possibilitando a atuação judicial para fazê-lo cumprir.

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, 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. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (STF. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 12/09/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma).<sup>573</sup>

<sup>572</sup> BRASIL. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 12/09/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=335538>>. Acesso em: 1 nov. 2010m.

<sup>573</sup> BRASIL, 2010I, passim

A atuação judicial frente à demanda por prestações individuais de saúde, restariam, contudo, limitadas à existência de políticas públicas que as assegurem não havendo possibilidade de concessão caso esta acarrete prejuízo ao regular funcionamento do Sistema Único de Saúde, prejuízo este que deverá ser comprovado e fundamentado pela Administração Pública.

O direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, ainda aponta ser este um dever do Estado, em que ao enunciar um direito fundamental à saúde estabelece um dever fundamental de concretização do referido direito, cuja competência é solidária entre os entes da federação conforme o artigo 23, II da Constituição Federal.

O voto em questão<sup>574</sup> ainda enuncia que a própria estrutura do Sistema Único de Saúde reforça a responsabilidade solidária e subsidiária dos entes ao prestar ações e serviços de saúde, uma vez que há descentralização de serviços e conjugação de recursos financeiros entre estes, garantidos mediante políticas sociais e econômicas. Esse preceito faz decorrer a necessidade de elaboração de políticas públicas para viabilizar as escolhas alocativas possíveis, de forma a possibilitar um acesso universal e igualitário às prestações a toda população.

Assenta o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes<sup>575</sup> que a concretização do direito à saúde perpassa não pela inexistência de políticas públicas e regulamentos, mas pela implementação, manutenção e execução de políticas de saúde, ocorrendo, nesta seara, a atuação judicial. Desse modo o Judiciário não cria políticas públicas, mas determina o cumprimento de obrigação já imposta pelo próprio Estado para si. Neste sentido, ressalta o voto, deve ser redimensionada a judicialização de políticas de saúde.

Há, todavia, casos particulares apontados pelo voto que relativizam a ideia de prestações de saúde concedidas judicialmente de forma absoluta. Em se tratando de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não poderá o Judiciário impor tal dispensação à Administração Pública por impossibilidade legal, uma vez que a Lei nº 6.360/76, em seu artigo 12, proíbe a industrialização, venda ou entrega ao consumo de insumos farmacêuticos e correlatos não registrados na referida Agência. Em casos excepcionais, existe uma permissão mediante autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, de importação de medicamentos não registrados, conforme Lei nº 9.782/99.

---

<sup>574</sup> Ibid., passim.

<sup>575</sup> Ibid., passim.

Com relação aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas estabelecidos pelo Sistema Único de Saúde com fundamento na corrente da “Medicina com base em evidências” estes deverão ser priorizados, ressalvadas as hipóteses em que houver comprovação da ineficácia ou impropriedade das diretrizes e protocolos existentes.

Casos excepcionais que possibilitariam o afastamento dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde seriam aqueles em que o indivíduo, por situação específica de seu organismo, não possui resposta positiva ao tratamento pré-estabelecido. Da mesma forma, aponta o voto, que a ciência médica não se apresenta estanque, mas sempre introduz novos tratamentos que por vezes não estão incluídos dentre o rol disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde por questões burocráticas, razão que possibilita a contestação judicial dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas firmados dada a omissão administrativa.

A falta de acesso a novos tratamentos para usuários do sistema público de saúde acarreta a discriminação destes em relação aos atendidos pela rede particular, que terão acesso a uma maior gama de possibilidades de cura e melhora de suas enfermidades.

Quanto a tratamentos experimentais fixa o voto em questão<sup>576</sup> entendimento pela impossibilidade de impor à Administração Pública o custeio destes, uma vez que os medicamentos, em fase experimental, não podem ser adquiridos e o acesso a estes somente se procede através de estudos clínicos ou programas de acesso expandido.

No que tange à possibilidade de efeito multiplicador de decisões concessivas de prestações relativas ao direito à saúde, o voto em análise<sup>577</sup>, refuta a possibilidade, uma vez que decisões relativas a este direito deverão ser observadas de acordo com as particularidades inerentes a cada caso concreto, devendo todas as peças processuais (petição inicial, contestação, sentença, acórdão, etc.) restarem devidamente instruídas, conforme requer os traços específicos de cada demanda, evitando-se, inclusive, a padronização destas peças.

Verifica-se, ainda, conforme o aludido voto que há junto ao Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 566.471, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que foi declarada repercussão geral da temática do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. Tal recurso encontra-se pendente de decisão.

---

<sup>576</sup> Ibid., passim.

<sup>577</sup> Ibid., passim.

Há, também, em sede do Supremo Tribunal Federal, a Proposta de Súmula Vinculante nº 4<sup>578</sup>, de iniciativa do Defensor Público-Geral da União, que propõe o estabelecimento das seguintes diretrizes para futura súmula vinculante:

1) a “responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público” e 2) “a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, caput e § 2º da Constituição de 1988”. (STF, Proposta de Súmula Vinculante nº 4. Edital. Rel. Ministra Ellen Gracie, publicação: 06/03/2009).

A referida Proposta de Súmula Vinculante nº 4, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, também se encontra com sua tramitação sobrestada, aguardando a decisão do citado Recurso Extraordinário nº 566.471, dada a repercussão geral neste reconhecida sobre as temáticas em questão.

Ainda em sede do Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 merece destaque o voto de lavra do Ministro Celso de Mello<sup>579</sup>, em que discutindo as questões relativas ao direito à saúde, o pontua como um dever estatal inafastável e cuja não concretização acarretará em inconstitucionalidade por omissão.

Cabe ao Judiciário, conforme voto do Ministro Celso de Mello<sup>580</sup>, o dever de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, implementando políticas públicas quando entes estatais não cumprirem com suas obrigações constitucionais de concretizá-los, obrigação esta que reduz o nível de discricionariedade administrativa.

A atuação judicial deverá ocorrer sob pena de violação negativa da Constituição Federal, com redução de sua eficácia e integridade caso permaneça o estado de omissão inconstitucional pela não concretização dos referidos direitos. Nesta situação, a atuação judicial será legítima, não operando qualquer lesão ao princípio da separação de poderes.

Da mesma forma que mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes, o voto do Ministro Celso de Mello<sup>581</sup> pontua que a tese da reserva do possível poderá ser acolhida caso haja comprovação por parte do ente estatal de sua impossibilidade de cumprir determinada

---

<sup>578</sup> BRASIL. **Proposta de Súmula Vinculante nº 4**. Edital. Rel. Ministra Ellen Gracie, publicação: 06/03/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 1 nov. 2010m. passim.

<sup>579</sup> BRASIL, 2010l, passim.

<sup>580</sup> Ibid., passim.

<sup>581</sup> Ibid., passim.

prestação. Isto, uma vez que há, em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, uma efetivação gradativa destes, bem como dependência dos recursos orçamentários estatais.

O direito à saúde é reafirmado pelo voto do Ministro Celso de Mello<sup>582</sup> como possuidor de vertentes individuais e coletivas e cuja importância acaba por reduzir o campo discricionário do Administrador Público, bem como impõe, ao referido direito, uma obrigação solidária de prestação a todos os entes federativos.

As chamadas escolhas trágicas, que compreendem o conflito entre a imposição estatal de efetivação de direitos *versus* a escassez de recursos e necessidade de decisões alocativas, também são verificadas em se tratando da concretização do direito constitucional indisponível à saúde. Ademais, a ideia de que a previsão do artigo 196 da Constituição Federal possui um caráter programático não pode tornar o direito à saúde em “promessa constitucional inconstitucional”.

A essencialidade e indisponibilidade do direito à saúde acarretam, assim, a legitimidade de atuação não só do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público, em face da omissão dos entes estatais em efetivar direito detentor de *status* constitucional, sob pena da não atuação da Administração Pública proporcionar a quebra da supremacia da Carta Política, favorecendo hipóteses de processos informais de mudança constitucional.

Uma postura de omissão inconstitucional, relativa a não concretização de direito consagrado, acarreta, conforme voto do Ministro Celso de Mello<sup>583</sup>, em verdadeiro desprestígio constitucional, uma patologia presente na Constituição da República, implicando em um processo de erosão da consciência constitucional em razão da sua constante desvalorização e descumprimento.

Vigora em sede de direitos sociais prestacionais o princípio da proibição do retrocesso, significando uma imposição negativa aos entes estatais no que concerne a reduzir ou excluir prerrogativas já estabelecidas, princípio este aplicável em se tratando do direito à saúde.

Na conclusão de seu voto posiciona-se o Ministro Celso de Mello<sup>584</sup>, de forma sintética acerca dos pontos já abordados:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na

---

<sup>582</sup> Ibid., passim.

<sup>583</sup> Ibid., passim.

<sup>584</sup> Ibid., passim.

concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde. (STF. Agravo Regimental e Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – CE. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 17/03/2010).

Também em voto no Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 posiciona-se o Ministro Carlos Ayres Brito<sup>585</sup> que a política de saúde é dever inerente a todos os entes federativos, assim como as decisões judiciais acerca da temática decorrem de juízos de ponderação pertinentes às particularidades de cada caso concreto.

#### **4.3 A 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão e a proteção do Direito à Saúde**

Diante da necessidade de produção de um estudo não apenas teórico, mas também aliado à prática e, em especial, às práticas observadas no Judiciário local, optou-se, na presente pesquisa, pela realização de um levantamento das ações ajuizadas nos anos de 2008, 2009 e 2010 pela 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão, junto às Varas da Fazenda Pública pertencentes à Justiça Estadual de primeira instância, e cujo objeto das referidas ações fosse o fornecimento de medicamentos e de materiais hospitalares como meio para garantir o direito à saúde a pessoas com deficiência.

A opção pelas ações ajuizadas pela Promotoria da Pessoa com Deficiência, bem como da escolha dos anos de 2008, 2009 e 2010, resultaram da necessidade de delimitação espacial e temporal da pesquisa, determinando-se precisamente, desta forma, os dados a serem investigados.

Nesta primeira etapa de análise de dados buscou-se observar a atuação do Judiciário Estadual local de primeira instância frente a demandas relativas à concretização do direito à saúde através da concessão de prestações materiais que o efetive.

---

<sup>585</sup> Ibid., passim.

Observou-se, neste primeiro momento, não a motivação das decisões, mas sua parte dispositiva, tanto com relação às decisões interlocutórias em sede de liminares e tutelas antecipadas, como sentenças. Da mesma forma, analisam-se o interregno de tempo transcorrido do ajuizamento das ações até a apreciação de liminares e tutelas antecipadas e prolatação de sentenças.

Apresenta-se a importância e relevância da análise da postura do Judiciário de primeira instância frente à questão do direito à saúde e acesso às prestações correlatas, uma vez que este é o primeiro momento e oportunidade disponibilizados aos indivíduos para efetivação deste direito social constitucionalmente assegurado, e, em que pese a possibilidade de reforma de suas decisões, estas possuem a possibilidade de demarcar, de forma célere, o direito à saúde lesionado.

Ademais, mesmo diante da possibilidade de reforma destas decisões de primeira instância e serem as mesmas proferidas por apenas um julgador, muitas outras, inclusive colegiadas, poderão sofrer reformas. O que deve ser pontuado é a importância das decisões proferidas em primeira instância para garantia de direitos, sendo a primeira determinação apta a salvaguardar e proteger direitos e garantias.

Buscou-se junto à aludida Promotoria a realização de um levantamento das ações ajuizadas nos anos de 2008, 2009 e 2010 em que o bem jurídico tutelado fosse a dispensação de medicamentos e insumos hospitalares, pontuando-se questões relativas à apreciação das tutelas antecipadas e liminares requeridas, o deferimento ou não destas tutelas antecipadas e liminares, eventuais sentenças proferidas e a parte dispositiva destas, bem como o tempo transcorrido até estas decisões serem prolatadas.

Em pesquisa *in loco* junto à 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência, bem como junto ao sistema de acompanhamento processual do sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, foram apuradas, até a data de 02 de março de 2011, dados relativos a 29 ações ajuizadas pela Promotoria da Pessoa com Deficiência durante os anos de 2008, 2009 e 2010, cujo bem jurídico vindicado fora a concretização do direito à saúde de indivíduos com deficiência, através do acesso a medicamentos, alimentação especial, fraldas geriátricas, sondas e demais insumos hospitalares.

Considerando-se cada ano pesquisado observa-se que em 2008 foram 4 ações ajuizadas, em 2009 foram 9 ações e em 2010 o número de ações interpostas pela Promotoria da Pessoa com Deficiência chega a 16, números que revelam um aumento significativo, com o quádruplo de processos judiciais em curso, comparando-se com o primeiro ano de pesquisa.

Analisando-se, por amostragem, petição inicial oriunda da Promotoria da Pessoa com Deficiência, relativa à Ação Civil Pública com pedido de liminar (Autos nº 33.148/2009), em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís<sup>586</sup>, ajuizada em 6 de novembro de 2009, em face do Estado do Maranhão, verifica-se que esta objetiva o fornecimento de medicamentos a dado deficiente físico.

Tal pedido encontra-se pautado na obrigação estatal em fornecer medicamentos, tal qual prescreve o artigo 196 da Constituição Federal e artigo 2º da Lei nº 8.080/1990, que prevê o direito à saúde como fundamental, competindo ao Estado possibilitar as condições necessárias ao seu pleno exercício. Assim, ao Estado cumpre a efetivação desta prestação sob pena de restar configurada uma postura contrária à lei.

A atuação do órgão ministerial encontra-se fundamentada, conforme assenta a inicial, nos deveres inerentes ao Ministério Público de fiscalização do cumprimento dos ditames legais e da defesa dos direitos individuais indisponíveis, ainda que em sede de tutela de direitos individuais, conforme preveem os artigos 25, IV, a e 27, I e II da Lei nº 8.625/93.

Resta, portanto, legítima a atuação da Promotoria da Pessoa com Deficiência ao tutelar o acesso a medicamentos em face do Estado, uma vez que, através de tal atuação, assume a postura de fiscalização de um comando normativo que se encontra descumprido, bem como acaba por tutelar direito individual indisponível à saúde de pessoa com deficiência.

O posicionamento acerca da legitimidade da atuação ministerial encontra suporte, inclusive, em julgados do Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais o colacionado pela referida petição inicial de Ação Civil Pública, os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 819.010<sup>587</sup>:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO A MENOR CARENTE. DIREITO À SAÚDE. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 127 DA CF/88. PRECEDENTES.

1. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. 2. O artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo. 3. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, *caput* e 196 da Constituição, em favor de menor carente que

<sup>586</sup> MARANHÃO. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís. **Ação Civil Pública com pedido de liminar nº 33.148/2009**. 2009. *passim*.

<sup>587</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 819.010 /SP**, Relª. Ministra Eliana Calmon, Rel. para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki julgado: 13/02/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3742620&sReg=200601103655&sData=20080929&sTipo=2&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3742620&sReg=200601103655&sData=20080929&sTipo=2&formato=PDF)>. Acesso em: 1 nov. 2010o.

necessita de medicamento. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis. Precedentes: EREsp 734493/RS, 1ª Seção, DJ de 16.10.2006; REsp 826641/RS, 1ª Turma, de minha relatoria, DJ de 30.06.2006; REsp 716.512/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 14.11.2005; EDcl no REsp 662.033/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 13.06.2005; REsp 856194/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 22.09.2006, REsp 688052/RS, 2ª T., Ministro Humberto Martins, DJ de 17.08.2006. 4. Embargos de divergência não providos. (STJ. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 819.010 – SP, Relª. Ministra Eliana Calmon, Rel. para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki julgado: 13/02/2008).

Requeriu a Promotoria da Pessoa com Deficiência em sua petição inicial, ainda, que se determine, em sede liminar, ao Estado do Maranhão a aquisição, em 72 horas, dos medicamentos e materiais hospitalares pleiteados para o deficiente que deles necessita.

Este requerimento liminar fundamenta-se diante da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* encontra assento no dever estatal em fornecer medicamentos necessários para garantia do direito à saúde do indivíduo, enquanto o *periculum in mora* evidencia-se diante do risco de dano e agravamento irreparável do estado de saúde do deficiente físico frente à ausência dos medicamentos que necessita.

Diante de tais argumentações e retomando-se os dados levantados em pesquisa junto à Promotoria da Pessoa com Deficiência e sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, conforme já afirmado, foram ajuizadas 29 ações durante os anos de 2008, 2009 e 2010 para a tutela do direito individual e indisponível à saúde através do acesso à medicamentos e insumos hospitalares, ressaltando que a totalidade destas ações foram ajuizadas em face do Estado do Maranhão.

Perante tal demanda, a resposta do Poder Judiciário se apresentou através do julgamento de 26 pedidos de tutelas antecipadas e liminares, restando 3 não apreciadas até a data de 2 de março de 2011, data final da pesquisa junto ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Destas 26 tutelas antecipadas e liminares apreciadas 25 foram julgadas procedentes, determinando ao Estado do Maranhão o fornecimento de medicamentos e materiais hospitalares necessários aos deficientes assistidos pela Promotoria da Pessoa com Deficiência e com o estabelecimento de prazos e multa diária em caso de descumprimento da ordem judicial.

Apenas um pedido liminar foi parcialmente deferido, isto em razão da determinação do fornecimento do material hospitalar ter se estabelecido de forma díspare ao

requerido em petição inicial, onde se pleiteava o fornecimento de 5 fraldas geriátricas por dia e com a concessão judicial de 90 fraldas geriátricas por mês pelo período de um ano.

Acerca das sentenças relativas às ações alvo da presente pesquisa tem-se que das 29 ações em comento apenas 9 restam com sentença de mérito prolatada, sendo que a totalidade destas decisões foram pela procedência dos pedidos requeridos pela Promotoria da Pessoa com Deficiência.

Permanecem, desta forma, 20 ações ajuizadas sem decisão definitiva de mérito, sendo 14 referentes a processos relativos ao ano de 2010, 4 a processos referentes ao ano de 2009 e 2 relacionadas a ações ajuizadas pela Promotoria da Pessoa com Deficiência em 2008.

Outro dado que se apresenta relevante na presente pesquisa refere-se ao interregno de tempo em que foram proferidas as decisões judiciais referentes às ações em comento, tanto com relação às tutelas antecipadas e liminares como com relação ao período de espera pela prolação da sentença.

Conforme os dados analisados observou-se que, das 26 decisões interlocutórias presentes no universo de 29 ações, o tempo de espera para apreciação das medidas liminares e tutelas antecipadas requeridas variou entre o interregno de 6 dias, menor tempo de apreciação, a 3 meses e 6 dias, maior prazo de decisão observado.

Quanto à prolação de sentenças, estas em número de 9 dentre as 29 ações ajuizadas em análise, fixou-se como marco temporal inicial para análise do lapso de tempo de sua prolação a data de julgamento de tutelas antecipadas e liminares das referidas ações. Tal fixação justifica-se uma vez que, em todas as 9 ações com sentença proferida, a totalidade destas ficaram com as suas decisões interlocutórias deferidas, restando, assim, o bem jurídico pleiteado protegido até decisão final de mérito, qual seja o direito à saúde e acesso a medicamentos e demais materiais hospitalares.

Diante de tais considerações, observou-se que o maior tempo de prolação de sentença dentre as ações judiciais analisadas foi de 2 anos e 12 dias desde o deferimento liminar do bem jurídico vindicado, bem como o menor prazo observado de prolação foi de 4 meses e 17 dias considerando-se o mesmo marco temporal inicial.

Considerando-se os dados analisados, em que pese a totalidade das decisões interlocutórias e sentenças decidirem pela proteção do direito à saúde dos indivíduos com deficiência representados pela Promotoria da Pessoa com Deficiência, tem-se que a grande maioria das ações ajuizadas permanecem sem sentença definitiva, sentença esta apta a dar maior proteção ao direito vindicado, como etapa necessária para a consolidação, em definitivo, da prestação de saúde requerida.

#### **4.4 O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e as decisões concernentes à proteção do Direito à Saúde e fornecimento judicial de medicamentos**

Diante da análise das ações judiciais ajuizadas pela 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa da Pessoa com Deficiência, as quais foram observadas sem adentrar no mérito das decisões interlocutórias e sentenças proferidas, faz-se necessário um estudo de decisões judiciais do Judiciário local acerca da temática do direito à saúde e acesso judicial a medicamentos.

Buscou-se, desta forma, acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão em que a temática do direito à saúde e prestações correlatas estivessem presentes e constituíssem a discussão primordial em tais decisões.

Justifica-se tal escolha em razão da análise das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça proporcionar uma visão mais abrangente da temática no Estado do Maranhão, bem como pelo fato de acórdãos convergirem um entendimento colegiado, o que não se mostraria possível em se tratando de decisão proferida singularmente por apenas um magistrado. Da mesma forma, não foram avaliadas as decisões proferidas em pedidos liminares junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão por estas mesmas razões.

Presentes esses parâmetros, foram levantados dados junto ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão através de pesquisa textual de acórdãos prolatados nos anos de 2008, 2009 e 2010, em que a temática tratada correspondesse ao direito à saúde e acesso a medicamentos e onde figurasse, como parte adversa, a Fazenda Pública.

Tal pesquisa deu-se de forma livre sem especificações atinentes às partes da demanda, comarca de origem das ações, Câmara julgadora, nem qualquer outro critério de consulta, em que os resultados obtidos foram aqueles retornados pelo próprio sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Os únicos parâmetros adotados referem-se à matéria dos acórdãos, relativa ao direito à saúde e suas prestações, e o período em que foram prolatados, os anos de 2008, 2009 e 2010.

Foram observados, até a data final desta pesquisa, 20 de dezembro de 2010, 97 acórdãos, dentre os quais 37 prolatados em 2010, 43 em 2009 e 17 acórdãos proferidos no ano de 2008.

Considerando-se as ações das quais se originaram os acórdãos em análise, tem-se os seguintes dados: 56 agravos de instrumento, sendo 16 no ano de 2010, 30 no ano de 2009 e 10 no ano de 2008; 17 apelações cíveis, distribuídas 13 em 2010 e 4 no ano de 2009; 13

mandados de segurança, sendo 3 inerentes ao ano de 2010, 5 referentes ao ano de 2009 e 5 do ano de 2008; 6 agravos regimentais distribuídos 2 em 2010, 2 em 2009 e 2 em 2008; e 5 remessas com 3 destas relativas ao ano de 2010 e 2 ao ano de 2009.

Como partes adversas nas ações em destaque na presente pesquisa o Estado do Maranhão figurou no polo de 90 ações, o Município de São Luís em 3 ações, o Município de Imperatriz em 2 e os Municípios de Zé Doca e Pedreiras em 1 ação cada.

No que se refere à distribuição das referidas ações conforme a Câmara respectiva do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão observa-se 16 acórdãos oriundos da Primeira Câmara Cível, 32 acórdãos da Segunda Câmara Cível, 25 originados da Terceira Câmara Cível, 5 acórdãos da Quarta Câmara Cível e 19 acórdãos proferidos junto às Câmaras Cíveis Reunidas.

Quanto ao teor das decisões proferidas, a totalidade dos acórdãos entendeu pela proteção do direito fundamental à saúde dos indivíduos, garantindo o acesso a medicamentos e demais prestações de saúde que fizessem jus.

Os acórdãos em que houve qualquer espécie de julgamento parcial, 32 decisões, este ocorreu por motivações referentes à redução de multa diária imposta para cumprimento de decisão, redução de honorários advocatícios e exclusão destes honorários com relação à Defensoria Pública do Estado do Maranhão, exclusão de condenação em custas processuais, ampliação de prazo para cumprimento de decisão e impossibilidade de ressarcimento de valores já despendidos com medicamentos em sede de Mandado de Segurança.

Observou-se, ademais, considerando-se a data de abertura das ações e a data de julgamento dos acórdãos, que o maior tempo necessário para prolatação das decisões em questão foi de 1 ano, 1 mês e 14 dias, sendo que o menor prazo de prolatação foi de 4 dias.

Perante os dados apresentados, cumpre analisar o conteúdo dos acórdãos pesquisados, levantando-se os posicionamentos mais recorrentes, relevantes e que sintetizam e demonstram o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão frente ao direito à saúde e suas prestações correspondentes e, dentre estas, os medicamentos.

Frente ao artigo 196 da Constituição Federal observa-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão de que o direito à saúde configura-se como um direito fundamental, uma prerrogativa jurídica indisponível, revestida da característica de universalidade e igualdade de acesso aos serviços respectivos. Constitui-se em direito líquido e certo inerente aos indivíduos em face do Estado. Nestes termos, apresenta-se o seguinte julgado:

É de se ressaltar que o direito público subjetivo à saúde configura prerrogativa jurídica indisponível, garantida à generalidade das pessoas pela Constituição. Representa bem jurídico constitucionalmente protegido, por cuja integridade deve velar, de modo responsável, o Poder Público, a quem cabe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garanti-lo, assegurando a todos acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. (TJ MA – Acórdão - Agravo de Instrumento n° 033923/2010, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 16/12/2010).<sup>588</sup>

O direito à saúde, se entendido como um direito coletivo, também possui uma vertente de direito subjetivo que deve ser garantido individualmente, em que a atuação do Poder Judiciário, impondo a concretização do direito à saúde em casos concretos individuais, proporcionaria um estímulo para que os demais poderes elaborassem políticas de saúde eficazes e adequadas.

Perante esse direito surge uma correspondente obrigação estatal de prestá-lo, sem restar presente qualquer facultatividade da atuação do Estado. Desta forma, tal direito não resta apenas como norma programática, mas constitui-se como verdadeira garantia inculpada no artigo 196 da Constituição Federal e detentora de aplicabilidade imediata.

Ante o incontestável dever do Estado em prestar medicamentos, como decorrência do direito social à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, a Egrégia Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão assentou, nestes termos, a Súmula n° 32: “A negativa de fornecimento de medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde da pessoa humana, é ato que viola o dever do Estado de garantir a saúde de todos, imposto pela Constituição Federal (artigo 196)” (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n° 024638/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010).

A prestação do direito à saúde, conforme posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, deverá ocorrer de forma abrangente com prioridade ao atendimento preventivo, mas possibilitando, também, serviços relativos a exames, tratamentos contínuos e todos os atos necessários à preservação da vida humana, sendo que:

O princípio consagrado reduz qualquer inviabilidade para sua realização. O direito de proteção social, do qual está investido o Estado, insere o direito à saúde. O conteúdo é de um alcance infinito. Não traduz simplesmente o acesso, fornecimento, preservação da integridade física ou psíquica. *Hice et nunc* significa a completa conservação da vida humana. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n°

---

<sup>588</sup> MARANHÃO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n° 033923/2010**. 3ª Câmara Cível . Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 16/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097904.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011a. passim.

024638/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010).<sup>589</sup>

Para que ocorra a efetiva prestação de serviços de saúde à população é necessário que o artigo 196 da Constituição Federal se eleve ao patamar que possui, qual seja, o de norma constitucional, garantindo-se que normas infraconstitucionais sejam interpretadas conforme ditames estabelecidos no referido artigo. Assim, qualquer alegação do ente público não terá o condão de desconstituir o direito fundamental à saúde.

Por outro lado, mesmo que assim não o fosse, o tema requer tratamento em sede de direitos fundamentais, de proteção constitucional, merecendo, por essa razão, supremacia sobre qualquer outro valor. Trata-se, em última análise, de garantia de um estado mínimo de sobrevivência de uma pessoa que foi acometida por moléstia grave. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento nº 024638/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010).<sup>590</sup>

A responsabilidade perante a obrigação estatal de concretização do direito à saúde apresenta-se de forma solidária, impondo-se à União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, membros do Sistema Único de Saúde, a redução de todos os entraves burocráticos que impossibilitem uma realização eficaz deste direito.

Dessa forma, sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de forma que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Logo, não há que se dizer que o Estado não possui a referida obrigação e que tal determinação estaria infringindo o princípio da separação dos poderes. (TJ MA – Acórdão – Agravo Regimental nº 007817/2009, Câmaras Cíveis Reunidas – Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, julgado: 20/03/2009).<sup>591</sup>

Destarte, no caso em epígrafe, não há que ser cogitado da competência federal em razão da União (CF, art. 109, I), uma vez que, o Município-recorrente responde solidariamente pela saúde da população com os demais entes da Federação, configurando de tal forma uma obrigação mútua na concessão gratuita de medicamentos, tratamentos, exames de alto custo e demais “insumos” que se fizerem necessários, não podendo dessa maneira ser eximido de cumprir com a determinação contida na decisão ora impugnada, sobretudo, porque, nada impede que postule eventualmente a compensação dos valores despendidos por ocasião do fornecimento da medicação da União Federal e/ou do Estado, seja por meio da via administrativa ou judicial. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento nº

---

<sup>589</sup> MARANHÃO. **Agravo de Instrumento nº 024638/2010**. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097697.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011c. passim.

<sup>590</sup> Ibid., passim.

<sup>591</sup> MARANHÃO. **Agravo Regimental nº 007817/2009**. Câmaras Cíveis Reunidas – Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, julgado: 20/03/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2009/00080064.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011d. passim.

023186/2010, 4ª Câmara Cível – Rel. Des<sup>a</sup>. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, julgado: 26/10/2010).<sup>592</sup>

Posiciona-se o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão também no que diz respeito ao princípio da proibição do retrocesso, reafirmando a aplicação deste em se tratando do acesso da população a medicamentos, encarando como inaceitável qualquer restrição ou proibição a direitos oriunda do Estado, particulares ou de cunho legislativo.

O intérprete constitucional não pode desconhecer a proteção à saúde nas duas planícies: a planície formal e materialmente fundamental. Ora, qualquer restrição ou proibição do Estado ou entre particulares que possa causar prejuízo a sua conservação, ainda que situada no plano legislativo deve-se entender como “princípio da proibição”. Esse retrocesso é inconcebível.

Qualquer atuação que agrida sua salvaguarda ou frustre o espectro próprio ao exercício lícito dos poderes enfeixados por seu titular, é em sua dimensão positiva que o direito de proteção à saúde encontra maiores percalços à sua efetiva observância, porquanto provoca o Estado a engajar-se na adoção dos meios necessários à **preservação da vida humana** e tratamento de doenças, bem como o compromete a tornar disponíveis recursos e serviços adequados à proteção ou ao restabelecimento da saúde dos titulares desse direito. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n° 024638/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010).<sup>593</sup>

Em se tratando, especificadamente, do Estado do Maranhão este já possui programa de dispensação de medicamentos excepcionais implementado e em funcionamento contínuo, frustrando-se o princípio da proibição do retrocesso a não concessão de dado medicamento a cidadão que dele necessite, bem como demonstra as falhas na execução desta política.

Ora, o Estado do Maranhão já fornece à população outros medicamentos à população para tratamento de doenças crônicas. Se assim o é, *data venia*, o argumento esposado pelo agravante nada mais reflete do que uma administração permeada por falhas, que não quantifica a necessidade e não faz previsão de distribuição dos medicamentos que deverão ser disponibilizados a quem deles precisa. (TJ MA – Acórdão – Apelação Cível n° 016258/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 10/08/2010).<sup>594</sup>

Quanto a uma pretensa lesão do princípio da separação de poderes quando da atuação judicial determinando à Administração Pública o fornecimento de medicamentos, entende o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão pela inexistência de qualquer quebra do

<sup>592</sup> MARANHÃO. **Agravo de Instrumento n° 023186/2010, 4ª Câmara Cível** – Rel. Des<sup>a</sup>. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, julgado: 26/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097812.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011e. passim.

<sup>593</sup> Id, 2011c, passim.

<sup>594</sup> MARANHÃO. **Apelação Cível n° 016258/2010, 2ª Câmara Cível** – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00093958.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011f. passim.

referido princípio, bem como, que no presente caso, há um legítimo controle pelo Poder Judiciário de atos administrativos de efeitos concretos.

Outro ponto que não merece guarida é a de que a presente decisão estaria a violar o princípio da separação de poderes, pois é cediço que o Poder Judiciário pode sim obrigar o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a aplicar os preceitos cogentes presentes na Constituição da República, relativos aos direitos fundamentais, seja para a aplicação correta do orçamento ou por exemplo para a garantia do mínimo existencial. (TJ MA – Acórdão – Mandado de Segurança n° 012894/2010, Câmaras Cíveis Reunidas – Rel. Des<sup>a</sup>. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, julgado: 15/10/2010).<sup>595</sup>

Em se tratando da atuação do Poder Judiciário ressalta-se a importância do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, e entendido como princípio indispensável para garantir a concretização de direitos subjetivos, cujo fundamento repousa na separação de poderes. Desta forma, não poderia o papel do Poder Judiciário em apreciar lesões ou ameaças a direitos violar o princípio da separação de poderes, uma vez que se mostra legítima a atuação do Judiciário nestes termos.

O art. 5o, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é a principal garantia dos direitos subjetivos. Fundamenta-se também no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. (TJ MA – Acórdão – Apelação Cível n° 008582/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 18/05/2010).<sup>596</sup>

Resta, portanto, legítima a atuação do Poder Judiciário frente à concretização do direito à saúde impondo aos entes públicos a execução de prestações relativas a este direito, como a entrega de medicamentos, uma vez que os indivíduos que delas necessitam, muitas vezes, não podem aguardar a “vontade do administrador, ou a trâmites burocráticos relacionados aos programas federais ou à *“lógica do sistema”*, devendo o Judiciário atuar no sentido de fazer valer a efetividade real das normas constitucionais que os asseguram”. (TJ MA – Acórdão – Apelação Cível n° 018487/2010, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, julgado: 25/10/2010).

---

<sup>595</sup> MARANHÃO. **Mandado de Segurança n° 012894/2010, Câmaras Cíveis Reunidas** – Rel. Des<sup>a</sup>. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, julgado: 15/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00096194.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011g.

<sup>596</sup> MARANHÃO. **Apelação Cível n° 008582/2010, 2ª Câmara Cível** – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 18/05/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00091576.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011h. passim.

O papel do Poder Judiciário, conforme entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, apresenta importância ímpar em se tratando da concretização de direitos. O grande número de demandas apresentadas reflete o grau de confiança dos cidadãos no desempenho do Judiciário que, para a proteção de direitos, deverá adotar todos os procedimentos necessários. Assim,

Com efeito, a Carta de 1988 restaurou as liberdades políticas após o período obscuro de 1964. O manual de cidadania foi um reflexo de todas as forças partidárias e correntes sociais de distintos matizes. O marcador é flagrante. A Carta Cidadã é uma obra que provoca uma reivindicação diuturna dos jurisdicionados pelo seu fiel cumprimento.

O Poder Judiciário representa uma viga de concretização de direitos. A certeza do cidadão é traduzida pelo excesso de demandas junto ao Judiciário. O diálogo do cidadão com a Carta de 1988 é permanente e traz na corrente sanguínea o creditar de fiel efetividade e não insinceridade normativa consagrada no regime anterior, quando o Poder Judiciário foi obrigado a fechar suas interpretações pelas liberdades públicas. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n° 024638/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010).<sup>597</sup>

Ainda que a garantia da saúde pública seja competência direta do Poder Executivo e que a este pertença a rubrica orçamentária destinada a tratamento médico oferecido pela rede pública de saúde, não é cabível que o Poder Judiciário assista à negativa do fornecimento de medicamento indispensável à vida da agravante sem adotar procedimentos enérgicos e que garantam direito fundamental expressamente contido na Carta Magna. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n° 019755/2009, 3ª Câmara Cível – Rel. Desª. Cleonice Silva Freire, julgado: 29/10/2009).<sup>598</sup>

As alegações da Administração Pública acerca da impossibilidade de concessão de prestações de saúde face à reserva do possível, somente poderiam ser acatadas caso restasse efetivamente comprovada a escassez de recursos o que impediria o cumprimento de decisão judicial de fornecimento de medicamentos. Meras alegações à reserva do financeiramente possível não poderiam, desta forma, desobrigar o Estado da prestação relativa a direito fundamental social.

Em face à alegação da reserva do possível, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão pontua acerca do mínimo existencial, critério este que se sobrepõe, inclusive, à reserva do possível. Desta forma, “quanto à teoria da reserva do possível, tem-se que sua aplicação deve ceder em face da possibilidade de dano decorrente da omissão do Poder Público, a atingir bens máximos consagrados, relativos à vida e saúde do agravado” (TJ MA –

---

<sup>597</sup> Id, 2011c, passim.

<sup>598</sup> MARANHÃO. **Agravo de Instrumento n° 019755/2009, 3ª Câmara Cível** – Rel. Desª. Cleonice Silva Freire, julgado: 29/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2009/00086257.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011i. passim.

Acórdão - Agravo de Instrumento n° 023799/2010, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, julgado: 25/11/2010).<sup>599</sup>

Dada a importância e essencialidade das prestações inerentes ao mínimo existencial, posiciona-se o Tribunal de Justiça do Maranhão pela prioridade que tais parcelas de direitos devem possuir junto aos orçamentos públicos quando de sua formulação, conjugando-se com as restrições inerentes à reserva do possível.

Afora isso, conforme tem entendido o Pretório Excelso, permitir que haja ressalva dessa reserva em relação ao mínimo existencial é desmedido e constitui-se em negativa da própria efetividade de tais direitos. Isso porque o mínimo existencial constitui-se no conjunto de bens e utilidades indispensáveis à vida humana digna, a exemplo do direito à educação, à moradia e à saúde. Nesse passo, devem ser tidos como prioridade no orçamento, atendidos precipuamente, numa conciliação razoável e proporcional à reserva do possível. (TJ MA – Acórdão - Agravo de Instrumento n° 033923/2010, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 16/12/2010).<sup>600</sup>

A escassez e indisponibilidade de recursos articulada como defesa por parte dos entes públicos assevera, em verdade, a falta de cuidado destes em propiciar aos indivíduos a concretização satisfatória do direito fundamental constitucional social da saúde. Ademais, tais alegações, por vezes, apresentam-se inconsistentes e sem comprovação, não se mostrando aptas para desconstituírem o direito ao fornecimento de medicamentos àqueles que necessitam.

Por outra banda, defende o Estado do Maranhão o não fornecimento da medicação pretendida pelo paciente, ante a indisponibilidade de recursos financeiros para atendimento de demandas singulares.

O argumento articulado pelo Estado do Maranhão no presente recurso de agravo, além de ser juridicamente inconsistente, demonstra com mais razão, o descaso das autoridades incumbidas pela saúde do cidadão, que se preocupam em opor-se com teses jurídicas de difícil aceitabilidade para negar ao recorrido o sagrado direito de digna sobrevivência. [...]

A argumentação expendida pelo agravante não pode ultrapassar a eficácia dos direitos fundamentais, pois o artifício retórico (que já é conhecido) poderia ocasionar a não aplicabilidade das cláusulas pétreas da Carta Constitucional. O espaço, neste momento, é de concretização da sindicabilidade judicial. O impedir de que sejam aviltadas as condições básicas para a existência humana. E qualquer outra atitude do Judiciário provocará um menoscabo à liberdade e à dignidade do ser humano. (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n° 024638/2010, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010).<sup>601</sup>

---

<sup>599</sup> MARANHÃO. **Agravo de Instrumento n° 023799/2010, 3ª Câmara Cível** – Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, julgado: 25/11/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097137.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011j. passim.

<sup>600</sup> Id, 2011a, passim.

<sup>601</sup> Id, 2011c, passim.

Nestas hipóteses, e utilizando-se do princípio da proporcionalidade, não pode o interesse público suplantar o direito à vida e à dignidade humana inerente ao indivíduo que recorre à via judicial para recebimento de medicamentos necessários à sua sobrevivência e qualidade de vida.

Argumenta a Administração Pública que a atuação do Poder Judiciário ao conceder a um indivíduo determinado medicamento em face de todos os outros que também necessitam, mas não ingressaram em juízo, violaria o princípio da igualdade. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão posiciona-se contrariamente a tal assertiva, uma vez que esta prestação constitui-se em dever estatal que deveria já restar cumprido de forma voluntária em relação à totalidade da população. Assim,

Deve-se ressaltar que o Poder Público não pode se furtar ao dever de prestar efetiva assistência a saúde dos cidadãos sob o fraco argumento de que ao ser condenado na Justiça a prestar atendimento a uma única pessoa, as demais que não ajuizaram ações perante o Poder Judiciário e que também necessitam de tratamento serão prejudicadas.

Isso porque todas as pessoas que necessitem do atendimento médico, ao menos em tese, fazem jus ao atendimento, sendo que o magistrado, ao determinar que o Estado do Maranhão arque com a aquisição e o fornecimento do medicamento DASATINIBE 50mg para a Sra. Valmira de Jesus Souza Cunha, não fere o princípio da igualdade, mas apenas determina que a Administração Pública cumpra seu dever, que já deveria estar sendo cumprido em relação a todos os pacientes, e não somente aqueles que ajuízam demandas.

Observe-se que não está ao alcance do Poder Judiciário determinar que a Administração Pública preste a assistência integral a saúde a todos aqueles que dele necessitam, indefinidamente, visto que, por força da imparcialidade, está sujeito a provocação da parte interessada para se manifestar. Todavia, apresentado um caso a sua apreciação, deverá compelir o Ente Federado a cumprir seu dever, o que já deveria estar sendo feito de forma voluntária e prioritária pela Administração. (TJ MA – Acórdão - Agravo de Instrumento n° 016575/2009, 1ª Câmara Cível – Rel. Desª. Raimunda Santos Bezerra, julgado: 20/08/2009).<sup>602</sup>

Quanto à alegação por vezes apresentada pela Fazenda Pública acerca do efeito multiplicador que as decisões concessivas de medicamentos acarretariam, já se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no sentido de que “o temor do “efeito multiplicativo” de demandas dessa natureza, dependerá da própria conduta administrativa do recorrente na condução de suas políticas públicas voltadas a garantir o direito à saúde dos munícipes desta urbe” (TJ MA – Acórdão – Agravo de Instrumento n° 023186/2010, 4ª Câmara Cível – Rel. Desª. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, julgado: 26/10/2010).<sup>603</sup>

---

<sup>602</sup> MARANHÃO. **Agravo de Instrumento n° 016575/2009, 1ª Câmara Cível** – Rel. Desª. Raimunda Santos Bezerra, julgado: 20/08/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00091864.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011k. passim.

<sup>603</sup> Id, 2011e, passim.

Perante a essencialidade do direito à saúde e acesso a medicamentos verifica-se o posicionamento do Tribunal de Justiça no sentido de impor à Administração Pública, relutante em cumprir decisão judicial, a imposição de multa diária, *astreintes*, para que seja alcançada a concretização do direito à saúde.

Por fim, em virtude do risco ocasionado ao agravado, resta justificado o valor fixado pelo magistrado *a quo* a título de multa (R\$ 300,00) para o caso de descumprimento do *decisum*. Por outro lado, no que pertine ao prazo assinado pelo juiz para fornecimento dos medicamentos, entendo mostrar-se desarrazoado.

Ainda que se reconheça a gravidade da doença do agravado, seria exigir-se demais do Estado cumprir obrigação em prazo tão exíguo, qual seja, “imediatamente”, visto que ainda que se trate de medicamento fornecido pelo ente público, não pode o juiz determinar-lhe ou ao seu gestor que cumpram a obrigação imediatamente, pois mesmo em casos de dispensa de licitação, existe tramitação burocrática na aquisição de bens e serviços. (TJ MA – Acórdão - Agravo de Instrumento n° 018723/2009, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 20/08/2009).<sup>604</sup>

Correspondente à possibilidade de fixação de multa diária para o cumprimento de decisões judiciais há o estabelecimento dos respectivos prazos para tanto pautados em critérios razoáveis, que, em se tratando de decisões para prestação relativas ao direito à saúde, não poderiam ser estabelecidos como “imediatamente” ou “fornecimento imediato”, conforme citado entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

---

<sup>604</sup> MARANHÃO. **Agravo de Instrumento n° 018723/2009. 3ª Câmara Cível.** Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 20/08/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2009/00084322.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011b. *passim*.

## 5 CONCLUSÃO

Considerando-se o que foi debatido no presente estudo acerca da efetivação do direito à saúde através da concessão judicial de medicamentos faz-se necessário fixar as premissas levantadas e os posicionamentos expostos de forma a demarcar os que se entendem mais próximos de um acertamento com vistas à efetivação de direitos fundamentais.

1. A presente temática não se apresenta pacífica, razão mesma da elaboração dos estudos realizados. São posicionamentos os mais diversos, indo da razão à paixão, perpassando pela ponderação.

2. Para a fixação de um entendimento sobre a matéria algumas questões teóricas tiveram de ser demarcadas, não de forma exaustiva, dada a dimensão e grande diversidade de produções e pensamentos acerca da matéria. Tal realidade, se por um lado facilita o trabalho de pesquisa, em razão do farto material a ser analisado e interpretado, por outro se torna um grande obstáculo dada a impossibilidade de exauri-lo.

3. No capítulo referente ao direito à saúde foram levantadas considerações acerca dos direitos fundamentais. Traçando-se as origens destes direitos, frutos de condições históricas e filosóficas, verifica-se seu processo contínuo de construção revelado pelas dimensões de direitos fundamentais. O direito à saúde restaria inserido como direito fundamental de segunda dimensão, estabelecido como fruto da industrialização e suas consequências sociais e econômicas.

4. O direito à saúde apresenta-se, desta forma, como direito fundamental revestido tanto da fundamentalidade formal, restando dotado de natureza supralegal, como de fundamentalidade material, dado o relacionamento próximo do direito à saúde com o superprincípio da dignidade da pessoa humana. Resta o direito à saúde, assim, definitivamente caracterizado como um direito fundamental, não apenas por estar consagrado no texto da Carta Maior, mas por sua estreita relação com a proteção da vida, da integridade física e com o princípio da dignidade da pessoa humana.

5. Da mesma forma, como direito fundamental que é, o direito à saúde reveste-se de dimensão objetiva, que o determina como um princípio básico da ordem constitucional que deve ser protegido, bem como de uma dimensão subjetiva, que possibilita o direito à saúde consagrar posições jurídicas individuais com a satisfação de seus titulares, inclusive, pela via judicial. Este posicionamento fundamenta a possibilidade do acesso judicial a medicamentos, sendo este elemento de concretização do direito fundamental à saúde.

6. No que toca aos direitos sociais, caracterizados como os verdadeiros direitos fundamentais por buscarem alcançar a igualdade entre os indivíduos, estes não se resumem a uma dimensão coletiva, havendo, também, uma titularidade individual de tais direitos. Os direitos sociais, no mais, materializam-se, em parte, através de políticas públicas estatais, políticas estas que garantem a concretude de tais direitos.

7. O direito à saúde abrange a obrigação do Estado em fornecer tratamento digno e conforme os avanços científicos da Medicina aos indivíduos que dele necessitar, independentemente de sua condição econômica. Possui tal direito tanto uma vertente voltada à saúde pública, concernente à obrigação estatal de proteção da saúde da coletividade, bem como uma vertente individual, que abrange o citado dever estatal em proporcionar o acesso aos serviços de saúde necessários à cura ou manutenção de uma vida digna aos pacientes.

8. Quanto à política de assistência farmacêutica esta constitui-se das estratégias de Assistência Farmacêutica Básica, Medicamentos de Dispensação Excepcional e Medicamentos Estratégicos, cujo processo de dispensação realiza-se através de três polos que são a lista de medicamentos elaborada, a legislação pertinente e a disponibilidade de orçamento, restando tal política, assim, atrelada a estes três polos desde sua concepção.

9. No segundo capítulo foram abordados tópicos relacionados ao Poder Judiciário e a concessão judicial de medicamentos. Primeiramente, foram assentadas algumas questões pertinentes ao princípio da separação de poderes, uma vez que este, por diversas vezes, é levantado como motivação para a impossibilidade, não só da concessão judicial de medicamentos, mas de toda forma de controle judicial de políticas públicas.

10. Constatou-se que o princípio da separação de poderes não pode ser interpretado como uma norma inflexível, nem a separação de funções encarada de forma rígida que inviabilize as influências recíprocas de um poder sobre os demais. Tal afirmação se confirma diante da possibilidade de utilização do mecanismo *checks and balances*, que significa o controle recíproco da atuação dos poderes.

11. Pontua-se que o princípio da separação de poderes, na atualidade, passou por uma alteração de seu conteúdo, cuja proteção por ele oferecida não mais se verifica em face de um monarca déspota e arbitrário, mas da própria lei que poderá caracterizar-se como abusiva, bem como a possibilidade do referido princípio impedir a concretização de inefetividades dos comandos constitucionais.

12. Assim, deve ser considerado que apenas haverá quebra do princípio da separação de poderes quando violado o núcleo essencial da atuação destes, e tal qual ponderado pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança nº 23.452/RJ), este

princípio busca evitar a configuração de instâncias hegemônicas de poder no Estado e evitar a inexistência de controle estatal.

13. Verifica-se, desta forma que é necessário desnaturalizar e questionar a visão corriqueira do princípio da separação de poderes, devendo o intérprete realizar uma releitura de tal princípio considerando as presentes relações entre os poderes estatais e as violações de direitos dos indivíduos. Para tanto ponderou-se algumas questões relativas ao Poder Judiciário, uma vez que este se caracteriza como o sujeito cuja ação concessiva de medicamentos é analisada.

14. Assim, o Poder Judiciário caracteriza-se como um importante sujeito de políticas públicas, devendo assumir suas funções inerentes a efetivação de direitos e transformação social. Faz-se necessária uma releitura da neutralidade judicial, assumindo um maior protagonismo no exercício de suas funções e na superação dos déficits democráticos dos demais poderes em proporcionar o pleno exercício de direitos fundamentais.

15. Diante de tais questões surge o papel do Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais e da própria Constituição Federal, devendo-se ponderar sobre a sua legitimidade, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, em prover o acerto, legalidade e validade das atuações estatais na execução de políticas públicas, tendo em vista que estas refletem a concretização e o exercício pelos indivíduos de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, dos quais se destaca o direito à saúde.

16. Algumas temáticas teóricas também merecem destaque na análise de questões envolvendo o controle judicial de políticas públicas, como forma de proporcionar uma decisão mais acertada possível. Desta forma, deve ser observado o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, em que se verificam a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de determinadas decisões referentes a direitos fundamentais.

17. Observa-se, no tocante ao controle judicial de políticas públicas, a colisão entre direitos fundamentais, tal como as situações de concessão judicial de medicamentos. Em decorrência de tal colisão, resta-se perante a necessidade de utilização da técnica da ponderação de bens, considerando-se critérios de ordenação e o próprio caso concreto para uma solução justa de conflitos, em especial, os referentes à concessão judicial de medicamentos.

18. Quanto às ponderações atinentes à reserva do possível e mínimo existencial entende-se que há possibilidade de alegação da cláusula da reserva, inclusive da reserva do financeiramente possível, desde que, exemplificando com a temática em questão, haja uma prova consistente e efetiva da impossibilidade do Estado em fornecer um determinado

medicamento pleiteado.

19. Contudo, em se tratando de prestações atinentes ao mínimo existencial, a justificativa a ser lançada pelo Estado para a sua não concessão deverá ser tanto mais consistente quanto a essencialidade do objeto. Deve-se observar o posicionamento onde o mínimo existencial não deve ser observado apenas pelo enfoque da necessidade, mas, também, da excepcionalidade.

20. Desta forma, quanto maior a essencialidade de dada situação maior deverá ser a excepcionalidade que justifique o seu não atendimento. Este restaria como o meio mais adequado de justificativa para decisões alocativas e escolhas trágicas estatais em uma realidade de recursos escassos.

21. Não devem ser descartadas as considerações acerca da possibilidade da conversão da reserva do possível, de barreira para mecanismo de efetivação de direitos, através de um planejamento eficaz de gastos públicos e elaboração séria dos Orçamentos, inclusive com ampla participação popular e divisão de responsabilidades pelas decisões alocativas.

22. Questões relativas à discricionariedade administrativa não se mostram aptas para impossibilitar o controle judicial de políticas públicas, uma vez que tal discricionariedade não se identifica com a arbitrariedade, devendo ser exercido tal poder conforme parâmetros legais perfeitamente controláveis. A discricionariedade administrativa, desta forma, deve ser exercida de forma responsável, legal, legítima e conforme os princípios da eficiência, da boa administração pública, buscando sempre a efetividade das normas constitucionais.

23. Por fim, foram observados no terceiro capítulo algumas considerações emanadas pelo Poder Judiciário no tocante à questão do direito à saúde e acesso judicial a medicamentos, onde, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, merece destaque a Audiência Pública – Saúde, cujos subsídios mostraram-se fundamentais para fixação de determinados posicionamentos acerca da matéria, não só pela Corte Suprema, mas pelos demais Tribunais e magistrados de todo o Estado brasileiro.

24. De forma mais específica com relação ao Supremo Tribunal Federal destaca-se a decisão proferida em sede do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, cujos votos, posteriores à realização da Audiência Pública citada, fixaram grandes premissas e direcionamentos da matéria, abordando, inclusive, muitas questões teóricas e práticas específicas da concessão judicial de medicamentos, como o estabelecimento de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

25. A vertente prática do presente trabalho foi observada através do levantamento

da atuação da 11ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Ministério Público do Estado do Maranhão, analisando-se as ações ajuizadas nos anos de 2008, 2009 e 2010 perante as Varas da Fazenda Pública da comarca de São Luís, que objetivaram a proteção do direito à saúde de pessoas com deficiência.

26. Perante os referidos dados constatou-se que, a quase totalidade das tutelas antecipadas requeridas pela citada Promotoria, foram concedidas integralmente e a totalidade das sentenças de mérito prolatadas também se mostraram favoráveis à proteção da saúde das pessoas com deficiência assistidas, mesmo considerando as ações em que estas decisões não foram proferidas.

27. A abordagem prática da matéria da concessão judicial de medicamentos também foi observada através da análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão proferidos durante os anos de 2008, 2009 e 2010. Constatou-se que a totalidade dos acórdãos entendeu pela proteção do direito fundamental à saúde dos indivíduos, com a garantia do acesso a medicamentos e demais prestações de saúde.

28. Tais acórdãos, como observado, estão em muitos pontos em consonância com os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal observados neste estudo sem, contudo, mostrar-se possível uma análise mais detalhada da questão frente à diversidade dos temas levantados nas ações perante a Corte Suprema e aquelas apresentadas ao Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

29. Diante de todo o estudo apresentado tem-se que o Poder Judiciário apresenta-se como um verdadeiro e legítimo sujeito das políticas públicas, na medida em que seu fim maior é assegurar os direitos e garantias dos indivíduos através de uma racionalidade legal. Entende-se que tal papel do Judiciário, como sujeito do movimento das políticas públicas, encontra expressão no exercício do controle judicial destas políticas, e que tal possibilidade de controle encontra respaldo na quebra das pré-noções construídas acerca dos conceitos de separação de poderes e neutralidade judicial.

30. Por fim, deve-se observar que a função social do Judiciário, com maior razão, se observa no contexto do controle de políticas públicas e efetivação do direito à saúde através do acesso judicial a medicamentos, cuja realização vem a reforçar este papel do Poder Judiciário, observando-o como sujeito indispensável para a concretude do objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, p. 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. ver. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009b.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. *As ações individuais para*

o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**. v. 10, n. 1 Mar/Jul. 2009. Disponível em: <[http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci\\_arttext](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci_arttext)>. Acesso em: 1 fev. 2011, p. 13-38.

BOURDIEU, Pierre. **Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

\_\_\_\_\_. **Compreender**. In *A miséria do Mundo*. Petrópolis: Vozes, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de Março de 1824**.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm)> Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 Julho de 1934**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm)> Acesso em: 20 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de Setembro de 1946**.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)> Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm)> Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)> Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 5139/2009**. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>> Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Resolução CNS nº 338, de 06 de maio de 2004**.

Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 maio 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)> Acesso em: 22 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23.452/RJ. Voto:** Ministro Celso de Mello, julgado em: 19/09/1999. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(23452.NUME.+OU+23452.ACMS.\)+\(\(CELSO+DE+MELLO\).NORL.+OU+\(CELSO+DE+MELLO\).NORV.+OU+\(CELSO+DE+MELLO\).NORA.+OU+\(CELSO+DE+MELLO\).ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(23452.NUME.+OU+23452.ACMS.)+((CELSO+DE+MELLO).NORL.+OU+(CELSO+DE+MELLO).NORV.+OU+(CELSO+DE+MELLO).NORA.+OU+(CELSO+DE+MELLO).ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 7 mar. 2009a.

\_\_\_\_\_. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 Distrito Federal. Voto:** Ministro Celso de Mello, julgado em: 29/04/2004. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(adpf\(45.NUME.+OU+45.DMS.\)\)+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(adpf(45.NUME.+OU+45.DMS.))+NAO+S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 7 mar. 2009b.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 – CE.** Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em: 17/03/2010. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 1 nov. 2010a.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Despacho Convocatório. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010b.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Abertura do Ministro Presidente Gilmar Mendes. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010c.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr.\\_Antonio\\_Fernando\\_Barros\\_e\\_Silva\\_de\\_Souza\\_\\_ProcuradorGeral\\_da\\_Republica\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza__ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010d.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde. Disponível em:  
<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Alberto\\_Beltrami\\_\\_Secretario\\_de\\_Atencao\\_a\\_Saude\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami__Secretario_de_Atencao_a_Saude_.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010e.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Dr.\\_Leonardo\\_Lorea\\_Mattar\\_Defensor\\_Publico\\_Geral\\_da\\_Uniao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar_Defensor_Publico_Geral_da_Uniao.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010f.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Flavio\\_Pansiere\\_membro\\_da\\_Comissao\\_de\\_Estudos\\_Constitucionais\\_da\\_OAB\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere_membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010g.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010h.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Maria Helena Barros de Oliveira, representante da FIOCRUZ. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra.\\_Maria\\_Helena\\_B Barros\\_de\\_Oliveira\\_Representante\\_da\\_Fundacao\\_Oswaldo\\_Cruz\\_FIOCRUZ\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra._Maria_Helena_B Barros_de_Oliveira_Representante_da_Fundacao_Oswaldo_Cruz_FIOCRUZ_.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010i.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Leonardo Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO\\_BANDARRA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf)>. Acesso em: 1 nov. 2010j.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2010k.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 12/09/2000, Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=335538>>. Acesso em: 1 nov. 2010l.

\_\_\_\_\_. **Proposta de Súmula Vinculante nº 4.** Edital. Rel. Ministra Ellen Gracie, publicação: 06/03/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 1 nov. 2010m.

\_\_\_\_\_. **Audiência Pública – Saúde.** Discurso de José Gomes Temporão, Ministro da

Saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Temporao.pdf>> Acesso em: 1 nov. 2010n.

\_\_\_\_\_. **Regimento Interno**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Dezembro\\_2010.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Dezembro_2010.pdf)>. Acesso em: 1 fev. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 819.010 /SP**, Rel<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon, Rel. para Acórdão Min. Teori Albino Zavascki julgado: 13/02/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3742620&sReg=200601103655&sData=20080929&sTipo=2&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_documento.asp?sLink=ATC&sSeq=3742620&sReg=200601103655&sData=20080929&sTipo=2&formato=PDF)>. Acesso em: 1 nov. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 34, nº 133, jan./mar. 1997. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf\\_133/r133-10.PDF](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_133/r133-10.PDF)> Acesso em: 10 nov. 2007, p. 89-98.

CHAMPAGNE, Patrick, et al. **Iniciação à Prática Sociológica**. Petrópolis: Vozes, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constitucional**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 43 - 77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3 - 42.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas do Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.) **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 247-266.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. Coleção Professor Gilmar

Mendes. V. 4. São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos à Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. Coleção Temas fundamentais de direito. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. Malheiros: São Paulo, 2009.

GARCIA, Rodrigo Sanches. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Políticas Públicas**. Disponível em: <<http://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/COTSOOFBRLYF.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2007.

GIOVANNI, Geraldo di. As estruturas elementares das políticas públicas. In: **Caderno de Pesquisa NEPP – UNICAMP**, n. 82, Campinas, 2009. Disponível em: <<http://www.nepp.unicamp.br/index.php?p=9> > Acesso em: 01 set. 2009.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política Pública da Assistência Social na Constituição Federal de 1988: do não direito ao direito negado. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**. São Luís: PGJ, nº 14, 2007, p. 51-70.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

GOUVÊA, Marco Maselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 309 - 386.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**. Vol. 7, nº 7, 2010, p. 9-37.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes.

Porto Alegre: SAFE, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o STF. **Revista Interesse Público – IP**. ano 12, n° 64, Editora Fórum: Belo Horizonte, Nov. dez. 2010, p. 105 – 130.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 46. Vol. 182. abr. – jun. 2009: Brasília. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/194915/1/000865479.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2011, p. 51 - 74.

MARANHÃO. 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de São Luís. **Ação Civil Pública com pedido de liminar n° 33.148/2009**, 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n° 033923/2010**. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 16/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097904.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011a.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n° 018723/2009**. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha, julgado: 20/08/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2009/00084322.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011b.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n° 024638/2010**. 2ª Câmara Cível. Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 14/12/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097697.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011c.

\_\_\_\_\_. **Agravo Regimental n° 007817/2009**. Câmaras Cíveis Reunidas – Rel. Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, julgado: 20/03/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2009/00080064.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011d.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n° 023186/2010**, 4ª Câmara Cível

– Rel. Des<sup>a</sup>. Anildes de Jesus Bernardes Chaves Cruz, julgado: 26/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097812.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011e.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível n° 016258/2010**, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 10/08/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00093958.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011f.

\_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n° 012894/2010**, Câmaras Cíveis Reunidas – Rel. Des<sup>a</sup>. Nelma Celeste Souza Silva Sarney Costa, julgado: 15/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00096194.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011g.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível n° 008582/2010**, 2ª Câmara Cível – Rel. Des. Marcelo Carvalho Silva, julgado: 18/05/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00091576.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011h.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n° 019755/2009**, 3ª Câmara Cível – Rel. Des<sup>a</sup>. Cleonice Silva Freire, julgado: 29/10/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2009/00086257.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011i.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n° 023799/2010**, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, julgado: 25/11/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00097137.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011j.

\_\_\_\_\_. **Agravo de Instrumento n° 016575/2009**, 1ª Câmara Cível – Rel. Des<sup>a</sup>. Raimunda Santos Bezerra, julgado: 20/08/2009. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00091864.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011k.

\_\_\_\_\_. **Apelação Cível n° 018487/2010**, 3ª Câmara Cível – Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa, julgado: 25/10/2010. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/site/acordao/2010/00096259.doc>>. Acesso em: 26 fev. 2011k.

MARCILIO, Carlos Flávio Venâncio. O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, n° 66, jan. – mar 2009, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 155 – 169.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79 - 89.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo:

Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Discrecionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010a.

\_\_\_\_\_. **Efetividade das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2010b.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 372 - 400.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 417 - 432.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: **Revista da Procuradoria do Município de Porto Alegre**, Edição Especial, out. 2000. Disponível em: <[http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p\\_secao=12](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?p_secao=12)> Acesso em: 22 abr. 2011, p. 20 - 60.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. **Assistência Farmacêutica e Acesso a Medicamentos**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotado pela Assembléia-Geral em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://www.onubrasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onubrasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 27.maio.2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS. Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva,

2010.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. O Judiciário como Sujeito do Processo das Políticas Públicas: função social e papel político. In: **Revista de Políticas Públicas**, São Luís, v. 4, n. 1/2, jan/dez, , 2000, p. 97-120.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. Novo perfil do Poder Judiciário brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 67, abr. – jun. 2009, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 162 – 213.

RUA, Maria das Graças. **Análise de políticas públicas: conceitos básicos**. S.n.t. (mimeo.).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

\_\_\_\_\_. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro / outubro / novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 24 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

SILVA, Júlio César Ballerini. **Direito à Saúde: Aspectos práticos e doutrinários no direito público e no direito privado**. Leme: Habermann, 2009a.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Avaliação de Políticas e Programas Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Veras, 2001.

SOUSA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão de literatura**. Sociologia, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 229 - 257.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson. (coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 91 – 160.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 17, nº 66, jan. – mar 2009, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 9 – 38.