Número 37 – fevereiro/março/abril - 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Alice Gonzalez Borges
Advogada e consultora jurídica no foro de Salvador-BA. Procuradora do Estado da Bahia (aposentada) Professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Di-reito da Universidade Católica de Salvador-BA (aposentada). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia – cadeira nº 30. Presidente do Instituto de Direito Ad-ministrativo da Bahia. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Di-reito Administrativo.

Introdução

Ultimamente, vem entrando em crise a concepção constitucional da independência e harmonia entre os Poderes da República (art. 2º-CF), quanto ao desempenho das funções que lhes são próprias.

Vemos, de um lado, o Executivo enveredando pelo exercício abusivo da função legislativa, através de uma enxurrada incontrolável de medidas provisórias, que praticamente tumultuam e inviabilizam o funcionamento regular do Legislativo.

De outro lado, vemos um Legislativo inoperante e omisso no exercício das funções que lhe são próprias, submisso ou acomodado ante as investidas invasivas do Executivo. É enorme o número de matérias de grande interesse público que exigem constitucionalmente seu disciplinamento por lei para que produzam os efeitos desejados, mas que esbarram na inércia parlamentar.

Cite-se, a propósito, o exemplo emblemático da omissão legislativa na regulação da greve dos servidores públicos, prevista no artigo 37, inciso VII da Constituição.

Em tais condições, um grande debate mobiliza atualmente os meios jurídicos nacionais: estará o Judiciário brasileiro, como acusam alguns, enveredando indevidamente pela invasão da função legislativa, através de excessos na judicialização de políticas públicas e no ativismo judicial, não

somente pela execução de medidas concretas, mas, também, por certas incursões na própria área normativa?

Ou estará o Judiciário finalmente, com tais procedimentos, saindo da cômoda posição de autocontenção judicial, após vinte anos de Constituição, e exercendo de maneira ativa a nobre função de guardião que a Carta lhe conferiu, para suprir as omissões legislativas que tanto martirizam os cidadãos brasileiros sedentos de justiça, e para dar concreção efetiva a seus direitos constitucionalmente assegurados?

A verdade é que, em nossa história, nunca as decisões do Judiciário, sobretudo através dos tribunais superiores, alcançaram importância e projeção tão grandes na opinião pública, para a solução dos complexos problemas jurídicos de nossa época.

Neste trabalho, abordaremos apenas um aspecto da questão, que diz respeito muito de perto à seara do direito administrativo, qual seja o da *judicialização das políticas públicas.*

2. Judicialização. Políticas públicas. Ativismo judicial..

Inicialmente, cumpre situar o que é *judicialização* e o que é *política pública.*

Na concepção de LUÍS ROBERTO BARROSO,

> *"judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo..... Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade".*[1]

Como bem salienta o mesmo autor, o fenômeno tem causas múltiplas, algumas delas refletindo uma tendência verdadeiramente mundial. Entre nós, aponta a *redemocratização do País* operada pela Carta de 1988, levando ao fortalecimento e expansão do Judiciário e aumentando a demanda da sociedade brasileira por justiça; a *constitucionalização abrangente* de nosso ordenamento, que trouxe para o âmbito constitucional inúmeras matérias antes deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; *o sistema brasileiro de controle da constitucionalidade*, que o autor situa entre "os mais abrangentes do mundo", absorvendo as experiências dos modelos americano e europeu.

Observa, a respeito, que

> *"Na medida em que uma questão – seja de direito individual, uma prestação estatal ou um fim público, – é disciplinada por uma norma*

[1] Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimação Democrática", **in** Seleções Jurídicas ADV- maio 2009 : 34-40.

> *constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de uma ação judicial"* [2]

Há que distinguir entre a *judicialização* e o *ativismo judicial*. Na judicialização, o Judiciário decide, porque é o que lhe cabe fazer: na medida em que uma norma constitucional permite que dela se extraia uma pretensão subjetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.É o dever que lhe impõe o art. 4º da Lei de Introdução ao código Civil.

Com o ativismo judicial, o julgador vai mais além. Instalando-se em situações de retração do Poder Legislativo,

> *"...o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes"*[3]
>
> .

Entre as formas de ativismo judicial, referido autor aponta, a seguir, "*a imposição de condutas ou de abstenções do Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas***".**

Mas, que se entende por *políticas públicas?*

Em notável monografia, MARIA PAULA DALLARI BUCCI as define como

> *"programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados"* [4]
>
> .

Esse programa de ação governamental consiste em uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de atos e normas, conjugados para a realização de um objetivo determinado.

Ora, tal objetivo é alcançado mediante o dispêndio de recursos públicos. Através das políticas públicas é que o Estado pode realizar os fins determinados pela Constituição.

Toda e qualquer ação estatal envolve gastos de dinheiro público. Nem se diga que tal ocorre apenas com os direitos fundamentais sociais, ditos prestacionais, que exigem uma atuação direta do Estado, com investimento e previsão orçamentária. Também os direitos fundamentais chamados negativos, ou de defesa, necessitam de recursos para serem efetivados. Tal é necessário para a manutenção do aparelhamento estatal, instalações físicas e remuneração de pessoal, destinados a sua proteção.

Orçamento público. Políticas públicas. O princípio da legalidade orçamentária. Conflitualidade com a judicialização das políticas públicas.

Como observa FERNANDO BORGES MANICA, sob a égide do Estado Social e Democrático de Direito e a partir da Constituição de 1988, o orçamento público passou a desempenhar entre nós um novo e importante papel em

---

[2] Idem, ibidem, pg. 3.
[3] Idem , ibidem, pg. 3.
[4] "Direito Administrativo e Políticas Públicas", São Paulo, Saraiva, 2002, pg. 241.

relação às políticas públicas. Com a definição constitucional de objetivos, metas e programas, abandonou a tradicional neutralidade e passou a transformar-se em instrumento da Administração Pública, diretamente relacionado com a adoção de políticas públicas que materializem aqueles objetivos, metas e programas:

> *"No Estado Social e Democrático de Direito o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do Texto Constitucional. Dele depende a concretização dos direitos fundamentais"* [5]

Com efeito, a Constituição de 1988 estabeleceu um sistema de planejamento, que encadeia três leis que se sucedem e se complementam: a Lei do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

Todos os planos e programas governamentais devem estar definidos no Plano Plurianual, nos termos do art. 165, § 4º, e a Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá estar em harmonia com o Plano Plurianual (art. 166, § 4.º), bem como a Lei Orçamentária Anual. .

Ora, o artigo 85, inciso VI, da Constituição consagra o princípio da *legalidade da despesa pública*: sob pena de responsabilidade, é vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167.

Por sua vez, o legislador não tem liberdade total e completa para a elaboração do orçamento e para a disposição dos recursos públicos a seu bel-prazer. Há que obedecer, nesse sistema de planejamento, aos princípios constitucionais que presidem à receita (legalidade tributária, anterioridade, irretroatividade tributária, capacidade contributiva e outros) e aos limites formais e materiais da despesa, entendidos, estes últimos, como aqueles respeitantes aos valores, objetivos e programas condensados, sobretudo, no artigo 3º da Constituição.[6]

Não se discute o poder que tem o Judiciário para controlar a obediência das despesas orçamentárias aos *limites formais*, já taxativamente estabelecidos no texto constitucional em vários dos seus dispositivos.

O mesmo não ocorre, porém, quanto aos da política orçamentária, na medida em que os *limites materiais* dizem respeito, como vimos, à concretização dos valores, objetivos e programas definidos pela Constituição, que têm no Judiciário o seu guardião máximo.

---

[5] Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas" **in** Boletim de Direito Administrativo da Editora NDJ, A no 2008, nº 10
.....
.....uu.....
.....uuuu: 1123- 1134, pg.1124.

[6] Cf. SCAFF, Fernando Facury, "Reserva do Possível. Mínimo Existencial e Direitos Humanos", **in** Revista Interesse Público Ano 2005, vol.32:213-226,

Põem-se aí, exatamente, várias questões modulares pertinentes à justiciabilidade das políticas públicas, que empolgam os debates atuais, na doutrina e na jurisprudência:

- podem os cidadãos em geral, bem como o Ministério Público, exigir judicialmente a execução concreta de políticas públicas, mesmo não expressamente previstas nas leis orçamentárias, na medida em que digam respeito aos princípios, objetivos e valores constitucionais?
- se e como o Judiciário pode provocar a execução de tais políticas?
- não existiria uma evidente conflitualidade entre o princípio constitucional da legalidade orçamentária e a intervenção do Judiciário para a concretização de determinadas políticas públicas que eventualmente não estejam previstas no orçamento público?
- cabendo o planejamento e a execução das políticas públicas, precipuamente, ao Legislativo e ao Poder Executivo, ditos majoritários porque eleitos pelo povo, seria legítima tal intervenção do Judiciário, que não é eleito pelo povo? Isto não configuraria uma quebra da regra constitucional da independência entre os Poderes da República?
- sendo, como é notório, inúmeras e cada vez mais crescentes as necessidades dos administrados, e relativamente escassos os recursos públicos para atender adequadamente a todas elas, pode o Judiciário, em nome da concretização dos direitos fundamentais, interferir na discricionariedade administrativa para determinar *quais* desses interesses deverão ter atendimento prioritário, e, consequentemente, manejar a aplicação dos recursos públicos nessa direção?

A matéria é altamente polêmica, na doutrina e na jurisprudência, não somente no nosso País como em muitos outros, sendo de destacar-se a respeito as lições de ALEXY, HABERLE e CANOTILHO, bem como certas decisões do Tribunal Federal da Alemanha, frequentemente citadas.

Como muito bem resume FERNANDO SCAFF[7], ROBERT ALEXY, na obra intitulada "Teoria de los Derechos Fundamentales" (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pg. 488) , sustenta que a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, sem a existência de liberdade fática ou real, carece de qualquer valor, invocando decisão do Tribunal Constitucional Alemão, no sentido de que *"o direito de liberdade não teria valor algum sem os pressupostos fáticos para poder fazer uso dele".* Argui, mais, que a liberdade fática de um sem-número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material em seu meio, mas depende essencialmente de atividades estatais.

Ocorre que sua discussão é particularmente oportuna para a realidade de nosso País, tendo em vista suas características especiais, que vale destacar:

- definição *expressa*, no texto constitucional, dos princípios e objetivos fundamentais, cuja concretização se impõe, sobretudo pelo disposto no artigo 5º, §§ 1º e 2º;

[7] Ob.cit, pg. 218

- atribuição ao Judiciário de papel muito importante, como guardião desses princípios e objetivos, inclusive com os instrumentos poderosos de controle de constitucionalidade que lhe são conferidos;
- a realidade devastadora do descaso e descumprimento das políticas públicas já estabelecidas e das que são impostas pelos princípios constitucionais, através da descontinuidade administrativa, da inépcia dos governantes, da omissão dos Legislativos e de uma corrupção generalizada.

3. . Posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da matéria.

Podem distinguir-se, atualmente, algumas correntes bem definidas pela doutrina, bem como pela jurisprudência nacional, no trato de matéria tão relevante:
- a da extrema impossibilidade de intervenção do Judiciário no cumprimento das políticas públicas, salvo para fins de controle de legalidade dos atos administrativos, tendo em vista a regra da independência entre os Poderes e a do respeito à discricionariedade administrativa no campo próprio da atuação do Executivo;
- a da ampla possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, sempre que houver violação de um direito fundamental;
- a da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas para assegurar a concretização de um direito fundamental, porém condicionada à efetiva disponibilidade de recursos orçamentários suficientes (*RESERVA DO POSSÍVEL)***;**
- a da possibilidade de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, sempre que envolvam a necessidade de prestações positivas do Estado em casos extremos.

Antes que prossigamos na análise do tema, cumpre sejam deslindados alguns aspectos doutrinários básicos e essenciais, quais sejam:
- os direitos fundamentais de segunda dimensão, também denominados de direitos prestacionais, ensejam a invocação de direito público subjetivo para sua proteção, ou não passam de formulações programáticas, sempre a depender de lei para sua efetiva concretização?
- nosso ordenamento constitucional, como caracterizador do Estado Social de Direito, assegura aos seus cidadãos a proteção do chamado *mínimo existêncial;.*
- nosso ordenamento jurídico-constitucional consagra expressamente, como *fundamento* do Estado Democrático de Direito, a *dignidade da pessoa humana;*
- vem sendo invocada, em nosso direito, a teoria da *reserva do possível*, para que o Judiciário se escuse de dar concretização ao cumprimento de certos direitos fundamentais, tendo em vista a escassez de recursos públicos para atender a todas as necessidades. da vida social, cada vez mais crescentes.

5. A natureza dos direitos sociais fundamentais.

A doutrina distingue os direitos fundamentais *de primeira dimensão*, ou *geração*, dos direitos fundamentais *de segunda dimensão*, ou *geração*.

Os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem, essencialmente, ao pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho fortemente individualista, consubstanciado na Declaração de Direitos do Povo da Virginia e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as quais serviram de base para as primeiras constituições escritas do mundo ocidental. Surgem e afirmam-se, basicamente, como direitos do indivíduo perante o Estado, dirigidos a uma abstenção dos poderes públicos perante sua esfera de autonomia individual. São em princípio considerados *direitos negativos ou de defesa***,** "de resistência ou de oposição perante o Estado", na concepção de PAULO BONAVIDES, que os inclui entre os direitos civis e políticos [8]. Tais são os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, desdobrados nas liberdades de expressão coletiva (de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação e outros), nos direitos de participação política (voto e capacidade eleitoral passiva), nas garantias processuais do devido processo legal, do uso dos remédios heróicos, do direito de petição e outros.[9]

Já o que caracteriza os chamados direitos de segunda dimensão, que muitos chamam de "*direitos prestacionais*", é o seu caráter predominantemente *positivo*, através da exigência de *comportamentos ativos do Estado* na realização da justiça social, da outorga ao indivíduo de direitos a prestações sociais estatais, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, moradia, etc. São as *liberdades-prestação* a que sempre aludiu GEORGE BURDEAU, prestações concretas que asseguram ao indivíduo condições para o exercício das suas liberdades, na moderna concepção do Estado Social de Direito.

Além disso, os direitos de segunda dimensão englobam ainda as liberdades sociais (sindicalização, greve) e os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos no art. 7º - CF (férias, repouso remunerado, salário mínimo, jornada de trabalho, etc.). E mais outros direitos espalhados pelo texto constitucional, como o direito à cultura.

Está hoje pacificado na doutrina nacional e no direito comparado o caráter *fundamental* dos direitos sociais, por muito tempo objeto de polêmica.

Em nosso ordenamento constitucional tal se torna evidente. Isto porque os artigos 6º e 7º da Constituição estão incluídos no mesmo Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais; o artigo 5º, § 1º, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (sem distinguir *quais*) têm aplicação *imediata*; o art. 5º, § 2º, adota uma concepção *aberta* dos direitos fundamentais, na medida em que inclui entre estes, além dos expressos no texto constitucional, outros, implícitos, *decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados***,** bem como dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O que se põe como objeto de acendradas controvérsias na doutrina e na jurispru

[8] "Curso de Direito Constitucional", p. 517, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet, "A Eficácia dos Direitos Fundamentais", Porto Alegre, Livraria do Advogado, 5ª ed.,2005,p.55.
[9] SARLET, ob cit., pg. 55.

dência diz respeito ao caráter predominantemente positivo, material, das prestações dos direitos sociais e dos graus de sua exigibilidade pelos cidadãos, de modo a ensejar, ou não, a invocação de direitos subjetivos. .

Decerto, pois, para a determinação dessa exigibilidade há uma gama diversificada dos direitos sociais.

Temos aqueles que emanam de enunciados do texto constitucional que apenas fixam determinadas diretrizes a seguir, mas demandam toda uma implementação e execução de políticas públicas na esfera sócio-econômica. É o caso do art. 215 da Constituição, que assegura a garantia do pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional .

Temos aqueles que já expressamente se referem a sua *concretização futura por lei*, como é o caso, exemplificado por INGO SARLET, do art. 7º, inciso XI – participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão da empresa..

Temos, ainda, o numeroso elenco dos direitos sociais já plenamente assegurados e disciplinados por normas infraconstitucionais, e cuja violação assegura aos cidadãos o direito de defesa na via judicial, em nome da ofensa ao direito de igualdade, por injustificada discriminação. É o caso do direito de acesso a instituições públicas de ensino, como escolas e universidades, e do direito de utilização de bens e instituições, tais como teatros e estádios esportivos. (A esse respeito, a matéria foi recentemente discutida em São Paulo, com pronunciamento oficial da OAB, no caso do pretendido condicionamento do ingresso em estádios de futebol a um prévio "cadastramento oficial" de torcedores, com exigência de um cartão específico. A generalização dos protestos da opinião pública levou a um recuo da Administração).

Temos, por fim, o difícil, delicado e polêmico terreno daqueles direitos sociais, assegurados pela Constituição, que não dependem de lei futura para sua concretização, não foram ainda regulados por lei, mas que se discute possam ser objeto de ação do administrado para exigir o cumprimento direto de sua prestação através de determinadas políticas públicas, em nome dos princípios, valores e objetivos constitucionais.

6.A proteção ao mínimo existencial no Estado Social de Direito.

Nossa Constituição, dentro do modelo do Estado Social de Direito. que indiscutivelmente adotou no enunciado do artigo 3º, assegura amplamente, no conjunto de suas disposições espalhadas por todo o Texto, sobretudo no que diz com as imunidades tributárias, a proteção ao chamado *mínimo existencial***.** A concepção do *mínimo existencial*, frequentemente invocada por decisões do Judiciário, corresponde ao *direito às condições mínimas de existência digna*, sem as quais cessa a possibilidade de sobrevivência do homem, bem como de desfrutar as liberdades que o ordenamento jurídico abstratamente lhe assegura.

No dizer de RICARDO LOBO TORRES,

> *"a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os*

> *prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados". [10]*

O reconhecimento da existência de um *padrão mínimo na esfera dos direitos sociais*, que não pode ser desrespeitado sem ofensa à própria dignidade da pessoa humana, leva, em certas condições, à necessidade de admitirem-se direitos subjetivos a prestações, diretamente exigíveis na via judicial, aplicáveis independentemente da existência de norma legislativa concreta a respeito da matéria, bem como de sua previsão orçamentária.

FERNANDO SCAFF [11] observa, com muita propriedade, que há uma estreita vinculação entre o mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais, nos países periféricos com grandes desigualdades sócio-econômicas, como o Brasil. O atendimento de necessidades básicas, como educação, saúde, moradia, saneamento básico e outras, há de ser feito sobretudo pelo Estado, porque o sistema de mercado atende a quem tem dinheiro para adquirir mercadorias e serviços, mas é insuficiente para servir a quem não possui os recursos necessários para tanto:

> *"Para assegurar o "mínimo existencial" no âmbito positivo (status positivus libertatis), é imperioso garantir o status de direito fundamental aos direitos sociais. Sem isso, os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da sociedade será excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade"*

O direito às condições mínimas de existência digna está implícito na proclamação dos princípios do Estado Social de Direito e no respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, ISENSEE [12] subordina o mínimo existencial à dignidade humana, "*que não é apenas um direito fundamental, mas o fundamento dos direitos fundamentais*".

7. A dignidade da pessoa humana.

Em nosso país, o ordenamento jurídico-constitucional expressamente entronizou a dignidade da pessoa humana como *fundamento* do Estado Democrático de Direito (art.1º,inciso III), do qual emanam todos os outros direitos sociais fundamentais. Bem assim, como *finalidade precípua* da ordem econômica (art. 170, caput). Também aparecem expressas menções ao

[10] TORRES, Ricardo Lobo, "O mínimo existencial e os direitos fundamentais", **in** Revista de Direito Administrativo da Fundação Getulio Vargas, ano 1989, vol. 177:29-49, pg.30, citando em seu apoio a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.
[11] SCAFF, Fernando, "Reserva do Possível, Mínimo Existencial e direitos Humanos", **in** Revista Interesse Público, ano 2005,vol.32 : 226,pg. 214 e segs.
[12] ISENSEE, J. " Der Staat , 191: 371, 1980, apud Ricardo Lobo Torres, ob. cit..

respeito da dignidade da pessoa humana no capítulo respeitante à ordem social (arts. 226, §6º e art. 227, caput). .

Nem todos os países integrantes da comunidade internacional inseriram expressamente, como o nosso, o princípio da dignidade da pessoa humana em seus textos constitucionais. É o caso, sobretudo, da Constituição Federal da Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Irlanda (preâmbulo), Grécia (art. 2º, inc. I), Portugal (art. 1º), Paraguai (preâmbulo), Cuba (art. 8º) e Venezuela (preâmbulo).[13]

A inserção expressa do princípio como **fundamento** na Constituição brasileira se reveste de especial importância para a orientação de nossa doutrina e jurisprudência na solução de casos concretos. Nem sempre pode servir-lhe de parâmetro a invocação do direito comparado que não segue igual orientação.

Em nosso direito, a preservação da dignidade humana é, ao mesmo tempo, *limite* e *dever de ação* dos poderes estatais.

Como bem resume INGO WOLFGANG SARLET,[14] a respeito do conteúdo do princípio,

> *"O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação de poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade humana".*

8.. A doutrina da reserva do possível.

A mais moderna tendência de nossa doutrina e jurisprudência é a de garantir a intervenção do Judiciário na execução das políticas públicas, nos casos em que se discute a aplicação efetiva dos direitos fundamentais sociais, bem como a preservação de um mínimo existencial e a obediência ao fundamento da dignidade da pessoa humana.

Contra essa orientação, entretanto, tem-se invocado entre nós a teoria da *reserva do* (financeiramente) *possível*. A intervenção do Judiciário na execução das políticas públicas, ainda quando apoiada na prevalência dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, esbarraria no óbice da falta de recursos financeiros do Estado disponíveis para atender a necessidades cada vez mais crescentes.

A teoria da *reserva do possível* - VORBEHALT DES MÖGLICHEN- surgiu, na década de 70, através de um julgamento da Corte Constitucional Alemã. Examinando-se a invocação do direito de acesso às vagas em estabelecimentos oficiais de ensino superior, firmou aquela Corte o

[13] Ver mais a respeito in SARLET, Ingo , ob. cit . pg 112.
[14] Ob.cit.,pg. 120.

entendimento de que a construção de direitos subjetivos às prestações positivas do Estado deverá estar condicionada à *reserva do possível*, no sentido da disponibilidade de recursos, isto é, daquilo que *razoavelmente* o indivíduo pode esperar da sociedade..

A teoria alemã da reserva do *racionalmente possível* assumiu entre nós, ante as peculiaridades das condições sócio-econômicas do País, o caráter de *reserva do financeiramente possível***,** e é nesse aspecto que frequentemente vem sendo invocada perante os tribunais. Segundo observa FERNANDO SCAFF, [15]

> *" Esta teoria somente pode ser arguida quando for comprovado que os recursos públicos estão sendo utilizados de forma proporcional aos problemas enfrentados pela parcela da população que não puder exercer sua liberdade jurídica, e de modo progressivo no tempo, em face de não conseguir a liberdade real necessária para tanto (Robert Alexy), ou não puder exercer suas capacidades para exercer tais liberdades (Amartya Sen)"*

A jurisprudência tem exigido, entretanto, a efetiva comprovação da real *inexistência*, ou da *exaustão* de recursos financeiros, não bastando para isso uma simples alegação genérica, pautada freqüentemente pela intenção, de certas administrações, de simplesmente escusarem-se ao cumprimento dos direitos prestacionais assegurados pela Constituição. Neste sentido, cabe invocar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça :

> *RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA- ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE- MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS E CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.*
> *1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº9394/96, artigo 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.*
> *2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a freqüência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.*
> *3."Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo" (REsp. nº 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25/10/2004).*

[15] Ob.cit,pg.226

4. *A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelos Municípios para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades sempre crescentes da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.*
5. *No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de* vagas *e aplicação* ***in totum*** *dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.*
6. *Recurso especial provido".*

(Acórdão da Segunda Turma do STJ de 17 de abril de 2007, Relator Ministro João Oliveira de Noronha, publ. no DJ de 6-11-2008, in Seleções Jurídicas ADV, fev./2009:49-54).

A esse propósito, lapidar é a colocação doutrinária de ALEXY, ao preconizar a necessidade de um modelo que leve em conta, para os devidos juízos de ponderação, todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais:

> ***"Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quantos os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito, sobretudo, à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos".***[16]

[16] ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 511-512 , apud decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes nos autos de Suspensão de Tutela Antecipada nº 245- RS, de 22/10/08, publ. no DJ de 29/10/08.

9. Posição mais recente da jurisprudência brasileira.

A jurisprudência brasileira, inicialmente, colocava-se contra qualquer interferência do Judiciário no controle das políticas públicas, em nome da separação de poderes e da discricionariedade administrativa para dispor a respeito.

Nesse sentido, entre outros, emblemático é o acórdão unânime da 2ª Turma do STJ, relatado pelo Ministro FRANCIULLI NETO, nos autos de RESP 208893-PR – pub. no DJ de 22.03.04, relativo à postulação, em ação civil Pública interposta pelo MP do Paraná, da construção, pelo Município de Cambará-PR, de um abrigo para menores carentes, com recursos humanos materiais e essenciais, e elaboração de programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo . Diz\ referido acórdão, baseado na lição de Hely Meirelles de que *"Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse público":*

> *"... dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, as Municipalidade têm liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas priordades orçamentárias do Município e determinar a construção da obra especificada".*

Mas os tempos são outros. Ultimamente a jurisprudência do próprio STJ, através de decisões firmadas por alguns dos mesmos signatários do acórdão supra referido, tem evoluído no sentido de não considerar como indevida tal interferência, tendo em vista a missão constitucional do Poder Judiciário de zelar pela efetiva aplicação e concretização dos direitos fundamentais .

Constitui o **leading case** do Supremo Tribunal Federal, a respeito da nova tendência, o multicitado acórdão do Pleno nos autos de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45-9, do Distrito Federal, de 29/04/2004, Relator Ministro CELSO DE MELLO, publicado no DJ de 04/05/2004, pg. 00012, que vem sendo repetidamente invocado por várias decisões judiciais posteriores, e que tem a seguinte ementa:

> ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM

TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Diz mais o Relator, no texto do referido Acórdão, em verdadeira lição sobre o assunto:

"*Não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) , sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional*"**.....**

."*É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "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" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

Anotamos, entre outras, algumas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria , que invocam e seguem a orientação do citado *leading case:*

ADI 3768 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA
***J**ulgamento: 19/09/2007*

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

STA 245 / RS - RIO GRANDE DO SUL
SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA
Relator(a): Min. PRESIDENTE GILMAR MENDES
Julgamento: 22/10/2008

Publicação DJe-204 DIVULG 28/10/2008

.....“Na hipótese dos autos, o medicamento requerido, por ter um custo muito elevado, não se enquadra dentro dos limites de valores para tratamento quimioterápico transferidos pelo SUS para as instituições conveniadas. Em razão disso, a autora ajuizou ação ordinária buscando a condenação da União, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Pelotas ao fornecimento do medicamento Mabthera (Rituximabe). Não vislumbro na decisão impugnada risco de grave lesão à ordem pública, uma vez considerados os seguintes dados fáticos: - o medicamento Mabthera está registrado na ANVISA, o que atesta sua segurança para o consumo; - o laudo de fl. 18 atesta que a paciente é portadora de Linfoma não-hodgkin folicular (CID C 82.7), necessitando com urgência do tratamento quimioterápico de oito ciclos consecutivos com Mabthera 500Mg (fl. 20); - a requerente declara não possuir condições de arcar com o custo do tratamento, orçado em R$ 111.608,27 (cento e onze mil, seiscentos e oito reais e vin te e sete centavos); e o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais e a Política Nacional de Atenção Oncológica visam contemplar justamente o acesso da população acometida por neoplasias aos tratamentos disponíveis. O Município de Pelotas, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência da lesão, limitando-se a sustentar que o medicamento não consta das listas do SUS. Assim, inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a

ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente. Ressalte-se, ainda, que a alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde (art. 196), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde. Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPF-MC 45/DF, relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004"

RE-AgR 410715 / SP - SÃO PAULO
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador- Segunda Turma

Publicação DJ 03-02-2006 PP-00076

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais,

> *cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina"*

A matéria foi objeto de importante e recente Decisão Monocrática de 14/10/2008, da lavra do Ministro Presidente Gilmar Mendes:, em Suspensão de Liminar nº 228/CE, requerida pela União.

Após erudito exame doutrinário da espécie, respaldado no precedente do acórdão de CELSO DE MELLO nos autos da ADPF-MC 45/DF, bem como nos ensinamentos doutrinários de ALEXY e CANOTILHO , conclui que

> *"Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua **judicialização**. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de **políticas públicas** para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas **políticas,** violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência*

*de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das **políticas** sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções **políticas,** as quais pressupõem 'escolhas trágicas' pautadas por critérios de macro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as conseqüências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. O fato é que o denominado problema da '**judicialização** do direito à saúde' ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das **políticas públicas,** que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias..... De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. **Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos**. Alexy segue linha semelhante de conclusão ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contra os direitos sociais"* (Grifos nossos).

. Passando a aplicar tais juízos de ponderação, examina minuciosamente as disposições constitucionais e legais aplicáveis ao Sistema Único de Saúde.

A seguir, examina, com rigor, os abundantes dados fáticos juntados aos autos, comprovando o descumprimento, no caso, dos parâmetros legalmente exigíveis, em face da Política Nacional de Saúde, levando a uma situação caótica no município de Sobral-CE.

Observa ainda que:

> . *"O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das* ***políticas públicas*** *de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das* ***políticas públicas*** *pelos entes federados. Nessa perspectiva, talvez seja necessário redimensionar a questão da* ***judicialização*** *dos direitos sociais no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre tendo em vista uma omissão (legislativa) absoluta em matéria de* ***políticas públicas*** *voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de* ***políticas*** *já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de* ***políticas públicas****. Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as* ***políticas*** *sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas* ***políticas*** *do SUS, é imprescindível distinguir se a não-prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer. Nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de* ***políticas públicas.*** *Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.*

Essas considerações já são suficientes para a análise do pedido. O argumento central apontado pela União reside na violação ao princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88), formulado em sentido forte, que veda intromissão do Poder Judiciário no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo. No caso, entendo inexistente a ocorrência de grave lesão à ordem pública, por violação ao art. 2º da Constituição. A alegação de violação à separação dos Poderes não justifica a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde de todos (art. 196), com a absoluta prioridade para o atendimento das crianças e adolescentes (art. 227), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde, e tecnicamente especificado pelas Portarias do Ministério da Saúde. Não se pode conceber grave lesão à economia da União, diante de determinação constitucional expressa de primazia na formulação de ***políticas*** *sociais e econômicas nesta área, bem como na alta prioridade de destinação orçamentária respectiva. A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público. Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados.".....*

Conclui mantendo a decisão liminar impugnada: :

Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a suspensão da decisão atacada poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da população abrangida pela macro-região do Município de Sobral. .....À luz do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, concedo a liminar na forma como pleiteada (art. 12, Lei nº 7.347/85), pelo que determino, sob pena de multa diária individualizada (art. 11, LACP) para cada um dos réus, na hipótese de descumprimento de quaisquer dos comandos da decisão, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais): i.) ao MUNICÍPIO DE SOBRAL que providencie, imediatamente, a transferência de todos os pacientes que se encontram ou que venham a se encontrar necessitando de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo ' UTI, para hospitais públicos ou particulares detentores de tais unidades de tratamento, que deverão ser contratados para esse fim, competindo à UNIÃO e ao ESTADO DO CEARÁ, conjunta ou separadamente através do SUS, a adoção dos meios necessários para auxiliar o MUNICÍPIO DE SOBRAL no cumprimento das medidas acima

especificadas. ii.) que através dos seus órgãos de gestão e execução, no âmbito de suas respectivas competências, a UNIÃO, o ESTADO DO CEARÁ e o MUNICÍPIO DE SOBRAL, iniciem, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de pelo menos 10 (dez) novos leitos de UTIs adulta, 10 (dez) leitos de UTI neonatal e 10 (dez) leitos de UTI pediátrica;'.....

Idêntica é a mais moderna orientação do Superior Tribunal de Justiça . Embora , em regra, ressalve que a matéria, por sua sede constitucional, é da competência do Supremo Tribunal Federal, não tem deixado de manifestar-se sobre a espécie, naquilo que lhe compete. Vale citar, a respeito, o pronunciamento recente do Ministro LUIZ FUX:

.REsp 811608 / RECURSO ESPECI 2006/0012352-8

Relator(a)

Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

15/05/2007

Data da Publicação/Fonte

DJ 04/06/2007 p. 314

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PE MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLIC CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88).
EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. ***RESERVA DO POSSÍVEL.*** *ACÓRDA RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇ CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUN FEDERAL.VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.*
.....2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Ín e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no R Grande do Sul -foi solucionada pelo Tribunal a quo à luz de preceitos constitucionais, conforme infere do voto condutor do acórdão recorrido .....
Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, s dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de s mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações;houve a conferência direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obte sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.
O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais e encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88. As normas definidoras dos direitos e garant

*fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se ten ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada nor constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamenta inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia **tout court**, cabendo, apenas, delimitar-se em q extensão. Superou-se, assim,entendimento que os enquadrava como regras de conteú programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.*

*Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direi fundamentais, o que tinha como conseqüência a impossibilidade de categorizá-los como direi subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do míni existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata a direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau des aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa ,n sempre se estará infenso à uma **interpositio legislatoris**, o que não ocorre, vale afirmar, porção do direito que trata do mínimo existencial.(...)*

*Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucio deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que **"a u norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princí operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua orig esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretu invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)." (JOSÉ JOAQU GOMES CANOTILHO, in Direito Constitucional, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livra Almedina, p.1208).***

*Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promes constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui **lex imperfec** reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da nor eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delineação dos elementos normativ alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com fundamentalidade do direito.*

*A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a ser atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normati fomentando a edificação do conceito da "**reserva do possível**". Porém, tal escudo não imuniza administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestaciona quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas q embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância mu inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Minis CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiên orçamentária e concretização dos direi fundamentais.....*

Precedente desta Corte: RESP 658.859/RS, publicado no DJ de 09.05.2005[17].

[17] Com idêntica orientação, vide acórdãos do STJ 2ª T.,REsp 784241/RS de 8/04/08. rel. Mim. Eliana Calmon, pub. no DJ de 23/04/2008; 2º T., REsp 510598/SP de 17/04/2007, Rel.Min. João Otavio de Noronha. Pub. no DJ de 13/02/08; 1ª T, REsp 753565, de 27/03/07, Rel. Min. Luiz Fux, pub. no DJ de 28/05/07; 2ª T, REsp 8575021/RS, de 17/10/06, Rel. Humberto Martins, pub. no DJ de 30/10/06; 2ª T, RESP 790/75 SP, de 5/12/06- Rel.Min. José Delgado, pub. no DJ de 12/02/07.

10. Formas de controle judicial das políticas públicas.

De várias formas tem-se verificado o controle do Judiciário sobre as políticas públicas, no sentido de garantir-se o cumprimento efetivo dos direitos fundamentais prestacionais, tendo-se em vista as peculiaridades de cada caso:
- intervenção concreta, através da determinação de um **facere** de aplicação imediata ;
- determinação ao poder competente para que faça incluir, no próximo orçamento, a verba necessária para o atendimento da prestação em causa;
- determinação do seqüestro de verbas públicas para o imediato cumprimento da prestação[18]

A ação judicial, em regra, é pleiteada em caráter individual, ou, em caráter coletivo, pelo Ministério Público, através, sobretudo, de ações civis públicas. É de destacar-se o especial denodo com que o Parquet vem atuando nesse sentido, em todo o País, como advogado da sociedade, procurando dar efetividade a direitos fundamentais contra abusos e descasos, ou simplesmente inércia ou omissão das autoridades públicas.

Em regra, como assinalou GILMAR MENDES na Decisão Monocrática citada, a intervenção judicial tem ocorrido, na realidade, muito mais para garantir-se o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, ou para assegurar o direito de quem se vê injustamente excluído da aplicação prática de tais políticas.

Aspecto delicado, do ponto de vista jurídico, se verifica quando se questionam as próprias políticas públicas já existentes, porém mal orientadas e, em última análise, violadoras dos princípios constitucionais. Como adverte FABIO KONDER KOMPARATO, o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto não só as finalidades, expressas ou implícitas, de uma política pública, mas os meios empregados para atingirem-se esses fins.[19]

A intervenção do Judiciário, no caso, não invade a competência do Legislativo ou do Executivo, mas simplesmente faz cumprir a Constituição.

É o caso, por exemplo, que lemos nos jornais, de município que destina em seu orçamento anual vultosa verba para a construção da estátua do fundador da cidade (por coincidência progenitor do Prefeito), mas alega falta de recursos disponíveis para, em atendimento a uma ação civil pública do Ministério Público local, construir uma escola de ensino médio, já que inexistente uma sequer no município, a qual teria, segundo se apurou, custo equivalente ao do referido monumento.

É ainda o caso do estado que, alegando falta de recursos financeiros, deixa de fornecer medicamentos gratuitos a doentes portadores de doença

[18] A respeito, o Ministro Humberto Martins, relatando o acórdão da 2ª Turma do STJ , nos autos de Recurso Especial n° 874630 –RS, de 21/09/06, destacou que "*o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa,mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.*
[19] Komparato, Fabio Konder, "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de politicas públicas", **in Revista de Informação Legislativa,** Ano 1998, nº 138: 39-48, pg. 46.

grave, mas destina, no orçamento do mesmo ano, consideráveis verbas de representação para o gabinete do Governador [20]

Recentemente, na comarca de Santo Antonio de Jesus, do estado da Bahia, o Ministério Público ingressou em juízo com uma ação publica contra o Município, para a imediata construção de uma "casa de passagem" para crianças e adolescentes em situação de risco social. Tratava-se de necessidade premente da coletividade, já que não existia nenhuma no Município, "sendo significativo", como denunciou a imprensa local [21],"o número de crianças abandonadas ou em situação de risco, seja por falta, omissão ou por abuso dos pais ou responsáveis, da sociedade e do Estado". No caso concreto do processo, uma adolescente doente mental perambulava pelas ruas, sem qualquer assistência, sem nenhum estabelecimento apropriado para acolhê-la. Contrariamente às alegações, pelo Município, de falta de recursos financeiros, comprovou o Ministério Público, em diligências suscitadas no processo, a efetiva existência de verbas suficientes para tanto, não só no próprio orçamento municipal, como através da utilização de parte dos recursos do Fundo da Infância e Adolescência. O Município firmou com o Ministério Público estadual um Termo de Ajustamento de Conduta, comprometendo-se à construção da referida casa de passagem.

11. . O problema do direito à saúde.

Grande é o número de ações, em todo o País, não somente individuais como interpostas através de ações cíveis públicas, objetivando o cumprimento de políticas públicas para garantirem-se os direitos sociais à saúde, à moradia, à educação, à assistência social.

Entre essas ações, avultam, atualmente, por número e importância, aquelas que objetivam a garantia do **direito à saúde**, tendo em vista certos aspectos de extrema urgência.

INGO SARLET faz candentes colocações a respeito:[22]

> *" Por mais que os poderes públicos , como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. Não nos esqueçamos de que a mesma Constituição que consagrou o direito à saúde estabeleceu – evidenciando, assim, o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta*

[20] Cf. BARCELLOS, Ana Paula, "Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais, O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático", **in** Revista de Direito do Estado, nº 3: 17-54, pgs.20-21.
[21] Jornal "A Tarde", 18/01/09, pg.B1.
[22] SARLET, Ingo, ob. cit., pg 328 e 329.

*(salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inc. XLVII, alínea **a**).*
Cumpre relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente, sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por hora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana) diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça "

A propósito, vale mais uma vez citar recente decisão do STF, relatada pelo Ministro CELSO DE MELLO :

RE-AgR 393175 / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação -DJ 02-02-2007 PP-00140

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - 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, 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, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes 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."**

Ora, justamente no setor do *direito à saúde*, notadamente no que diz respeito a fornecimento de medicamentos de custo elevado e de tratamentos médicos especializados, sobretudo no exterior, é que, dado o grande número de ocorrências, vem-se alegando ocorrer, na prática, um **excesso de ativismo judicial** com decisões judiciais que, algumas vezes, emocionais ou precipitadas, não foram devidamente alicerçadas no exame criterioso dos fatos, como aquele efetuado pelas decisões paradigmáticas dos Tribunais superiores que trouxemos à colação.

No Estado da Bahia, conforme relatou a Promotora Itana Viana em recente pronunciamento público[23], ocorrem frequentemente solicitações de

[23] Exposição durante sessão de debates promovida pelo Instituto de Direito Administrativo da Bahia no dia 31/03/09, em Salvador, sobre o tema "Judicialização de Políticas Públicas"

medicamentos caríssimos, deferidos pelos juízes à vista de simples receitas médicas que os indicam, sem nenhum laudo pericial fundamentado que comprove que aquele medicamento é efetivamente o adequado para seu tratamento. Como exemplo, citou o caso de deferimento liminar de fornecimento, para um paciente em risco de vida, de medicamento cujos múltiplos efeitos colaterais o tornavam contraindicado pelos meios científicos internacionais.

A esse respeito, LUÍS ROBERTO BARROSO desenvolveu recentemente minucioso estudo para a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, centrado na temática do fornecimento judicial gratuito de medicamentos,[24] em que argumenta:

- as decisões judiciais em matéria de medicamentos em favor de indivíduos isolados prejudicaria a programação e o planejamento da Administração Pública, desatendendo a um paciente que já o recebe regularmente. para entrega-lo a um litigante vitorioso;

- a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista das políticas sociais, em prejuízo de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos;

- quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação das políticas públicas, em vez de reduzir as desigualdades econômicas e sociais privilegiam aqueles que têm acesso qualificado à Justiça, por conhecerem seus direitos e poderem arcar com os custos do processo judicial;

- o Judiciário, mesmo quando instruído por laudos técnicos, não domina o conhecimento necessário para avaliar e instituir políticas públicas de saúde.

Propõe, então, os seguintes parâmetros a serem seguidos para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no trato do tema::

- no âmbito de ações individuais, ater-se a dispensar os medicamentos já constantes das listas elaboradas pelos entes federativos;

- em relação às ações coletivas, a alteração das listas poderá ser objeto de discussão mais tecnicamente aprofundada, podendo produzir efeitos **erga omnes;**

- o Judiciário deverá preferir a inclusão, na lista, dos medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os objetos de experimentos e os alternativos;

- o Judiciário deverá optar, em regra, por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional; por medicamentos genéricos, de menor custo; e por medicamentos indispensáveis para a manutenção da vida.

Não obstante o profundo respeito que dedicamos sempre aos pronunciamentos do ilustre publicista, parece-nos que suas colocações, neste caso, deverão ser colocadas em termos, ***cum grano salis.***

[24] BARROSO, Luís Roberto, " Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial", **in** Revista Interesse Público, ano 2007, vol. 46: 31-61.

Em primeiro lugar, como observa oportunamente MARCOS CESAR BOTELHO, [25] quando o Judiciário decide sobre pretensões individuais de fornecimernto de medicamentos, *não está executando políticas públicas* , e sim apreciando uma situação concreta, para tutelar ameaça ao direito subjetivo fundamental à saúde, que decorre do direito à vida., no exercício da jurisdição que lhe confere o Texto Maior.

Em atenção a tudo quanto já se expôs, e tendo em vista a triste realidade deste País, não nos parece que, em dadas circunstâncias em que esteja em jogo o direito à vida de um paciente, reclamando providências urgentes, se possa opor, a seu direito individual, que esteja comprometendo a integridade das políticas públicas de saúde já existentes, bem como o direito de outros cidadãos.. Sabemos como se mostram falhas tais políticas, na realidade prática, como funcionam mal seus atendimentos..Mesmo onde existem políticas públicas de saúde estruturadas, na prática a realidade é outra. Vemos, no noticiário diário dos jornais, freqüentes casos de pacientes que morrem sem conseguirem sequer ser atendidos nos hospitais. Nem sempre a vida de um cidadão pode esperar pela realização das políticas públicas já existentes. Em face de uma situação que ponha em risco a vida de um cidadão, é perfeitamente legítimo que, à revelia das políticas públicas organizadas, seja o seu direito reconhecido individualmente pela Justiça. Lembramos, a propósito, que, como escrevemos recentemente, [26]

> "*Bem pode dar-se o caso – e isto freqüentemente ocorre - de que o verdadeiro interesse público só possa encontrar adequada realização através da realização do interesse de um único indivíduo. Pois, como doutrina LUÍS ROBERTO BARROSO, "o interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único particular"*

Prova demais o argumento de que o reconhecimento dos direitos sociais fundamentais em prol de um indivíduo privilegia aqueles que podem conhecer seus direitos e enfrentar os custos de ações judiciais. Em nosso ordenamento jurídico, mesmo os mais pobres e desvalidos podem ter acesso gratuito à justiça, através dos órgãos de assistência judiciária e das defensorias públicas. Quanto a conhecerem seus direitos, também mesmo os mais pobres e desvalidos têm acesso aos meios de comunicação, que frequentemente noticiam casos semelhantes.

Quanto ao argumento de que o julgador não reúne os conhecimentos técnicos necessários para decidir a respeito, pode e deve sempre socorrer-se da opinião especializada, como, aliás, é cediço na prática processual. Do contrário, o julgador deixaria de decidir sempre que a matéria do processo requeresse pronunciamentos técnicos.

---

[25] BOTELHO, Marcos César – "O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz do pensamento de Klaus Günther"- Boletim de Direito Administrativo da Editora NDJ –ano 2009- nº 5 : 557:566, pg 562.

[26] BORGES. Alice Gonzalez, "Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?" **in** Revista Brasileira de Direito Público, Ano 4, nº 14, jul/set 2008: 55-74, pg. 72.

Seria ideal se as listas elaboradas pelos técnicos do Sistema Único de Saúde fossem completamente atualizadas de acordo com os progressos da medicina. Isto não ocorre na prática. No caso que referimos anteriormente, objeto da Decisão Monocrática nº STA 245/RS, relatada pelo Ministro GILMAR MENDES, o Município de Pelotas se escusava de fornecer o medicamento **Mabthera** para uma paciente portadora de linfoma impossibilitada de arcar com as pesadas despesas de sua aquisição, alegando que *o mesmo não constava das listas do SUS.* A decisão é recente, de 2008. Causa espécie que não pudesse o poder público fornecer tal medicamento, devidamente registrado pela ANVISA, porque o mesmo não constasse da lista do SUS, quando se trata de medicamento amplamente conhecido nos meios científicos como indicado para o **linfoma não hodgkin folicular – CID 82.7**, e que está servindo de base, como anunciam os jornais, para o tratamento da Ministra Dilma Russef., infelizmente acometida do mesmo mal.

12. Cautelas necessárias para o controle de políticas públicas.

Sem dúvida, as decisões judiciais no campo das políticas públicas hão de revestir-se das necessárias cautelas, através do exame cuidadoso dos aspectos concretos da realidade fática, para evitarem-se abusos, e, até mesmo, infelizmente, por incrível que pareça, as investidas da corrupção.

Recentemente, por exemplo, Procuradores do Estado de São Paulo (regional de Marília) atuaram para o desmascaramento e punição de uma quadrilha organizada para aplicar o "**golpe dos remédios**", composta de médicos, advogados, funcionários de ONGS e de importantes laboratórios farmacêuticos. [27]

Conforme as lições de ALEXY, já citadas, as decisões judiciais, nessa difícil e delicada tarefa de ingerência e intervenção nas políticas públicas, hão de pautar-se, não somente pela adequada informação da autoridade julgadora, mas também por uma cuidadosa **ponderação de princípios,** que há de ser efetuada **em cada caso concreto**, guiada pela **razoabilidade** e **proporcionalidade,** esta entendida, na melhor doutrina, em atendimento às seguintes regras:

> "*São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade**: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.**.....*"há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, **se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado** (isto é, apto para produzir o resultado desejado), **necessário** isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e **proporcional em sentido estrito** (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).*"[28]
>
> (Grifos do autor)

[27] Revista da ANAPE – Associação Nacional de Procuradores, ano 2008, pgs.34 e 35.
[28] MENDES, Gilmar – Voto de Relator designado no acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal nº 2915/SP, de 3/02/2003.

Por isso mesmo, considerando indispensável, no caso, o *sopesamento de princípios,* a que alude ALEXY, em face do exame de cada caso concreto, é que não consideramos adequada a adoção da PSV 4, ora em curso no STF, a qual propõe, segundo anuncia a imprensa,[29] a edição dos seguintes dois enunciados:

-"*responsabilidade solidária dos estados e do Distrito Federal quanto ao fornecimento de medicamentos e tratamento médico";*

-"possibilidade de bloqueio de verbas públicas para o fornecimento de remédios e de tratamento médico para quem não pode arcar com os custos".

Dependendo a matéria do adequado exame de situações concretas e diversificadas, caso a caso, como aconselha a doutrina e deve proceder a jurisprudência sob pena de excessos e abusos, não nos parece poder ser a mesma objeto de súmula vinculante de nossa Suprema Corte, pelo menos nos termos originalmente propostos.

. Mas o STF acaba de promover, nos dias 27 de abril a 7 de maio deste ano, concorrida audiência pública em torno do tema, com 49 participantes - especialistas do Executivo, do Judiciário e da sociedade civil, e oito autoridades públicas, entre as quais, com posições visceralmente discordantes a respeito da judicialização de políticas públicas, o Procurador Geral da República Antonio Fernandes de Souza, e o Advogado Geral da União, Antonio Dias Toffoli..

Foi destacada, na referida audiência, a participação do Dr.Adib Jatene, com aprofundado estudo da realidade fática no setor de políticas públicas de saúde. Entre outras medidas, propôs que seja expedida pelo STF uma súmula vinculante, no sentido de que *"todo pleito de solicitação de liminar para fornecimento de medicamentos, produtos, insumos ou procedimentos, venha acompanhada de prova da recusa da autoridade em atender ao pedido".* Segundo ele, essa medida poderá diminuir o número de ações, evitar fraudes e trazer decisões mais adequadas.

Certamente, ante os resultados da referida Audiência Pública, o Supremo Tribunal Federal irá pronunciar-se, brevemente, adotando uma posição oficial do Judiciário em torno da questão..

13. Conclusão.

Atualmente, ganha relevo, no direito pátrio e no direito comparado, o exame da possibilidade de que o Judiciário, ao acolher pretensões individuais ou coletivas concretas, possa intervir nas políticas públicas – de competência precípua do Legislativo e do Executivo – para obter a realização concreta dos direitos fundamentais assegurados na Constituição, inclusive dos chamados *direitos prestacionais.*

A abordagem da questão ganha aspectos especiais no direito brasileiro, devendo ser estudada tendo-se em vista certas peculiaridades de nosso ordenamento jurídico-constitucional em face do direito comparado, quais sejam:

[29] **Noticiário eletrônico da Governet Editora Ltda, dias 9 a 13 de março de 2009.**

a) a consagração, no texto constitucional, da fundamentalidade dos direitos sociais;
b) a previsão expressa, no Texto Maior, dos fundamentos, objetivos e princípios que constituem o arcabouço constitucional de onde emanam todos os demais direitos dos cidadãos, e que não podem ser ignorados pelos julgadores no exame das pretensões jurídicas individuais ou coletivas, ainda que à falta de normas concretas;
c) a missão conferida ao Judiciário por nosso ordenamento, como supremo guardião das normas, bem como dos valores e dos princípios constitucionais;
d) a estruturação do Estado brasileiro como Estado Social e Democrático de Direito, garantidor de um **mínimo existencial** necessário à preservação da **dignidade da pessoa humana**, assegurada esta como fundamento de toda a ordem constitucional;
e) o dever do juiz brasileiro, consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, de não deixar sem exame nem decisão as pretensões que lhe sejam apresentadas no exame de situações jurídicas subjetivas, dever, este, que emana do direito fundamental ao acesso à justiça.
f) a consagração expressa, na Constituição, do princípio da **legalidade orçamentária**;
g) a competência precípua do Poder Legislativo, para definição, e do Executivo, para execução das **políticas públicas.**

Mas frequentemente o atendimento pelo Judiciário de tais preceitos entra em conflitualidade com outros princípios e valores igualmente assegurados pelo nosso ordenamento jurídico-constitucional.. Tais são, por exemplo, o princípio da legalidade orçamentária e o princípio da independência entre os Poderes da República. Isto, na medida em que as políticas públicas são, na previsão constitucional, definidas e estruturadas pelo Poder Legislativo, executadas pelo Poder Executivo e instrumentalizadas através do orçamento público.

Partindo da realidade inarredável de que, no mundo atual, são cada vez mais crescentes as necessidades de interesse público e igualmente crescente a insuficiência de recursos para o atendimento adequado, pelo Poder Público, a todas essas necessidades, põe-se frequentemente a questão de que a concretização, por decisões judiciais, dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, há que ser relativizada pela chamada *reserva do (financeiramente) possível,* Mas a orientação predominante, na doutrina e na jurisprudência, é a de que a insuficiência e até mesmo a exaustão de recursos públicos hão de ser rigorosamente comprovadas, não podendo sua simples e genérica alegação servir de base para escusarem-se as autoridades públicas do cumprimento de suas obrigações constitucionais, quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar a aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

No acertado dizer de ANA PAULA DE BARCELLOS [30], *"o mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível".*

Avulta em importância em nosso País, hodiernamente, o número de ações judiciais que se baseiam na defesa do direito à saúde, na medida em que afeta o próprio direito à vida, concretizado no exame de casos extremos e urgentes.

Tem-se alegado, ultimamente, a presença de um excesso de **ativismo judicial**, no deferimento de pretensões individuais nesse setor, não estritamente alicerçadas na comprovação da necessidade e da urgência de atendimento excepcional, e, até mesmo, fruto de fraudes.

A ocorrência cada vez mais freqüente de tais postulações, nem sempre procedentes, conduz à necessidade de que se redobrem as cautelas das autoridades judiciárias no seu exame, à luz dos princípios constitucionais e das realidades fáticas pertinentes.

A moderna doutrina pátria, com base nas lições do direito comparado, e a mais recente orientação de nossa jurisprudência, sobretudo dos tribunais superiores, têm defendido, ante tais impasses, a necessidade da **ponderação de princípios,** com respeito à **razoabilidade** e à **proporcionalidade**, a partir do exame concreto de cada caso, bem como do exame criterioso das condições da realidade fática.

Aguarda-se, presentemente, a partir da recente realização de uma audiência pública pelo STF, bem como das postulações para edição de súmulas vinculantes a respeito, que a Suprema Corte adote uma orientação uniforme para a atuação do Judiciário no enfrentamento do problema.

- Advogada e consultora jurídica no foro de Salvador-BA. Procuradora do Estado da Bahia (aposentada) Professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador-BA (aposentada). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia – cadeira nº 30. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

[30] BARCELLOS, Ana Paula de, "A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais". Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pg. 245-246

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert – "Teoria dos Direitos Fundamentais"- trad. Virgilio Afonso da Silva –
S.Paulo, MALHEIROS EDITORES, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio - Curso de Direito Administrativo – S.Paulo, Malheiros Editores, 2009, 26ª edição.

BARCELLOS, Ana Paula – Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático"– **in** Revista de Direito do Estado nº 3:17-54..
_____" Neoconstitucionalismo – Direitos fundamentais e controle das políticas públicas" – **in** Revista de Direito Administrativo, ano 2005, vl. 240:: 83-103
_____" A eficácia jurídica dos princípios constitucionais"- Rio de Janeiro, RENOVAR, 2002.

BARROSO, Luís Roberto – Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática –**in** Seleções Jurídicas ADV – maio/2009, :34-40
_____- " Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial "

BINNENBOJM, Gustavo – "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade : um novo paradigma para o direito administrativo", **in** SARMENTO, Daniel (org) – "Interesses Públicos versus Interesses Privados – Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2005 : 117-169.

BORGES, Alice Gonzalez – Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?"- **in** Revista Brasileira de Direito Público, ano 2008 nº 42:55-74

BOTELHO , Marcos César – "O fornecimento de medicamentos pelo Estado: considerações à luz do pensamento de KLAUS GÜNTHER"- Boletim de Direito Administrativo da Editora NJ – ano 2009, vol. 5: 557- 566..

BUCCI, Maria Paula Dallari – "Direito Administrativo e Políticas Públicas", .S.Paulo, SARAIVA, 2002.

CANOTILHO, J.J. –“ Constituição dirigente e vinculação do legislador”, Coimbra, Coimbra Editores, 2001- 2ª edição.

DIAS, Maria Tereza Fonseca e PASSOS, Carolina Pagani- “O controle das políticas públicas de saúde, por intermédio da ação civil pública, sob a ótica da jurisprudência mineira”, **in** Revista Fórum Administrativo de Direito Público, nº 98 – abril 2009.:40-51.

FERNANDES, Sergio Cabral – O “papel” do Judiciário no “dilema” da suplementação de políticas públicas” – **in** Revista fórum Administrativo de direito Público – ano 8 nº94- dezembro 2008:53-61.

GARCIA, Rafael Barreto –“O poder judiciário e as políticas públicas no Brasil: análise doutrinária e evolução casuística” **in** Revista Interesse Público, ano 2008 –vl.51:74-110.
Governet Editora Ltda. – Noticiário Eletrônico dias 9 a 13/03/2009

HÄBERLE , Peter – “La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales”- trad. de Joaquin Brage Camazano- Madrid, DYKINSON.
in Revista Interesse Público, ano 2007, vl. 46:31-61

ISENSEE, J. – “Der Staat” 191:371. 1980, apud TORRES, Ricardo Lobo- “O mínimo existencial e os direitos fundamentais”, Revista de Direito Administrativo, ano 1989, nº177: 29-49.
Jornal A Tarde – Salvador-Ba- ed. De 18/01/09

KOMPARATO, Fabio Konder – “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, **in** Revista de Informação Legislativa, ano 1998 nº138:39-48..

MANICA, Fernando Borges- “Teoria da reserva do possível – Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas” – Boletim de Direito Administrativo da Editora NDJ- ano 2008, nº 10:1123- 1134.
Revista da ANAPE – Associação Nacional de Procuradores – ano 2008:34-35.

SARLET, Ingo Wolfgang – “A Eficácia dos direitos Fundamentais”, Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 5ª ed.,2005..

SCAFF, Fernando Facury – “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos” – Revista Interesse Público, ano 2005, vl.32:213-226.

TORRES. Ricardo Lobo – “O mínimo existencial e os direitos fundamentais” **in** Revista de Direito Administrativo, ano 1989, vol. 177:29-49.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BORGES, Alice Gonzalez. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, fevereiro/março/abril, 2014. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ALICE-GONZALEZ.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.