

# LIMITES À APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE<sup>†</sup>

Monia Lopes de Souza Ghignone

Sumário: Introdução. I. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil. 1. Breves considerações históricas. 2. O direito fundamental à saúde na Constituição de 1988 e na ordem infraconstitucional. 3. O que dizem os números? II. A Legitimidade da Justiça Constitucional e o Princípio da Separação dos Poderes. 1. Democracia X Jurisdição Constitucional. 2. A legitimidade da Justiça Constitucional e o seu inequívoco papel na defesa dos direitos fundamentais e da democracia. III. Em Torno da Reserva do Possível: Custos dos Direitos, Discricionariedade e Direitos Prestacionais. 1. Premissas Iniciais. 2. Os direitos fundamentais, suas múltiplas dimensões e seus custos. 3. Reserva do possível: conceito e derivações. 4. O controverso dilema: controle X discricionariedade. IV. Quando e Como Deve a Justiça Constitucional Agir? 1. A importância de se identificar a densidade das normas constitucionais no momento da intervenção jurisdicional. 2. Sugestões para a sistematização dos critérios utilizados pela Justiça Constitucional no controle das omissões estatais. 3. A legitimidade da Justiça Constitucional, a reserva do possível e o direito à saúde, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais. Bibliografia

## INTRODUÇÃO

---

<sup>†</sup> Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Políticas Públicas do Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas 2011/2012 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a regência da Senhora Professora Doutora Nazaré da Costa Cabral, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestrado.



Poder Judiciário tem sido reiteradamente clamado pela população para decidir conflitos envolvendo omissões do Poder Público na implementação de ações e serviços de saúde.

No entanto, o aumento significativo dos processos judiciais que buscam compelir o Estado a fornecer prestações de saúde e as consequências no orçamento público para o cumprimento dessas decisões têm sido alvo de intenso debate na sociedade.

Se, por um lado, pretensões dessa natureza não deixam de ser compreensíveis em situação de carência social como a vivenciada por muitos brasileiros, por outro, não se pode olvidar que decisões judiciais que concretizam esses deveres prescricionais produzem impactos nas finanças públicas e afetam o planejamento governamental.

É imprescindível discutir, portanto, se o excesso de judicialização, ainda que com o propósito de efetivar o direito fundamental à saúde e de atender a um pacto social firmado em 1988, não está conduzindo o Estado Brasileiro a uma situação de hipertrofia de obrigações, absolutamente insustentável, capaz de gerar um resultado justamente inverso ao pretendido, de não realização prática da Constituição Federal em favor da parcela mais hipossuficiente da população, a qual não dispõe de um acesso adequado à Justiça, mas que, ainda assim, depende de um serviço público de saúde que seja verdadeiramente eficaz.

Ocorre que, para serem eficazes as políticas públicas necessitam de continuidade. E, para serem contínuas as ações e os serviços de saúde precisam contar com uma organização político-administrativa, a qual, por sua vez, não pode dispensar da alocação racional e não casuística de recursos.

A questão que se coloca é saber como compatibilizar a escassez recursal, a discricionariedade dos poderes constituídos para selecionar e executar as políticas públicas prioritárias e o

controle dessas atividades. Nessa conformidade, é fundamental investigar até que ponto o Poder Judiciário tem legitimidade para ingerir em assuntos que contém alta conotação política e que apresentam natureza complexa, na medida em que envolvem conhecimentos técnico-científicos multidisciplinares, alheios, muitas vezes, à órbita jurídica. E além. Em que medida a sua intervenção pode, de fato, contribuir para o atendimento dos objetivos constitucionais, a fim de que um aparente “ganho” pontual não comprometa a promoção de políticas coletivas de saúde pública.

Assim, o presente trabalho busca tratar exatamente dessa problemática: Qual é o papel que o Poder Judiciário poderá desenvolver no momento em que é chamado para analisar a inércia do Poder Público e esse alega a impossibilidade de cumprimento de uma prestação de saúde, em face da reserva do possível?

Deve o juiz adotar uma postura de não intervenção, obedecendo incondicionalmente à vontade discricionária do Estado ou, então, posicionar-se de forma ativa, decidindo os desacordos existentes entre a Administração e o indivíduo? E, em sendo considerado possível essa intervenção judicial, em que medida ela poderá ser desenvolvida?

Para responder a esses questionamentos o relatório será dividido em quatro capítulos.

O primeiro deles tem como foco traçar breves considerações em torno do direito à saúde no país, delineando-se as principais características do seu conteúdo e regime jurídico, bem como do funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, implantado na Constituição de 1988.

A seguir, inicia-se a problematização das questões relacionadas à exigibilidade judicial do direito fundamental à saúde. O primeiro ponto a ser enfrentado, desenvolvido no segundo capítulo, refere-se à legitimidade da jurisdição constitucional e tem como propósito elucidar se a intervenção jurisdicional vio-

la ou não o princípio da separação dos poderes.

Superada essa objeção dogmática, no capítulo seguinte, investiga-se se o Poder Judiciário precisa considerar a reserva do possível no momento de decidir e como fazê-lo sem interferir na discricionariedade administrativa. Para tanto, são apresentadas as construções dogmáticas em torno do tema, analisando-se as relações existentes entre os deveres estatais, as dimensões dos direitos fundamentais, os seus custos e as diferentes hipóteses de escassez.

Somente após esses aportes teóricos é que, no quarto capítulo, se faz possível adentrar no ponto nevrálgico da investigação, definindo-se quando e como o Poder Judiciário deve agir, ou seja, quais são os limites da sua atuação nas demandas em que se discutem omissões na promoção da saúde e o Estado apresenta, em sua defesa, argumentos em torno da reserva do possível. O resultado das conclusões extraídas permite que sejam propostos parâmetros para a racionalização e uniformização da interferência do Poder Judiciário em relação à saúde. Por fim, serão examinados os precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de diagnosticar a forma como essas questões têm sido tratadas e de comparar se os posicionamentos sustentados nesse trabalho estão sendo objeto de apreciação pela Corte Constitucional.

## CAPÍTULO I. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL

### 1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O desenvolvimento da saúde pública<sup>1</sup> iniciou-se, na primeira década do século XIX, com a chegada da família real

---

<sup>1</sup> As considerações que seguem nesse item foram extraídas, em grande parte, das seguintes obras: FIGUEIREDO, M.F. (2007), p. 75-102; BARROSO, L.R. (2007), p. 5-20; CARVALHO, M.S. (2003), p. 15-31; BRASIL, C.N.S.S., (2003) e PAULUS JR.A./CORDONI JR.,L. (2006), p. 13-19.

portuguesa no País. Durante esse período, foram criadas as primeiras faculdades de medicina brasileiras<sup>2</sup>. No entanto, as ações e os serviços de saúde realizados em prol da população eram bastante rudimentares e limitavam-se ao controle sanitário, principalmente, em zonas portuárias e em vias públicas, com o objetivo de combater moléstias epidêmicas.

As ações públicas preventivas de controle de doenças epidêmicas, como o cólera, a febre amarela e a varíola, revelaram-se mais eficazes<sup>3</sup>, a partir da implantação do chamado movimento campanhista, instituído no começo do século XX, caracterizado por sua inspiração militar e pelo uso da força policial para a realização de intervenções médicas, de caráter coletivo<sup>4</sup>. O objetivo principal do Governo era impedir que os países estrangeiros deixassem de adquirir produtos brasileiros com o receio de proliferação de doenças dessas naturezas, o que prejudicaria as exportações e, conseqüentemente, a economia nacional.

As principais críticas tecidas pela doutrina em desfavor do movimento campanhista referem-se ao emprego do método coercitivo para o atingimento das suas finalidades, que focavam, apenas, no controle preventivo de doenças, nada dispendo sobre ações de saúde de natureza curativa, reservadas aos ser-

---

<sup>2</sup> Em 1808, na Bahia e, em 1809, no Rio de Janeiro.

<sup>3</sup> Foi durante esse período que, pela primeira vez, a febre amarela foi erradicada do Rio de Janeiro.

<sup>4</sup> A título de exemplo, durante o governo do Presidente Rodrigues Alves (1902-1906), determinou-se que toda a população deveria ser obrigatoriamente vacinada contra a varíola. Para atender o seu objetivo, a campanha de vacinação previa inúmeras medidas, dentre as quais a possibilidade de invasão de residências pelas autoridades sanitárias acompanhadas de força policial, para fins de desinfecção do local; o estabelecimento de multas aos refratários e a exigência de comprovação da submissão ao método profilático como requisito imperativo para a prática de determinados atos, como a matrícula de crianças nas escolas, a contratação de funcionários públicos e a realização de casamentos. No entanto, a imposição de políticas públicas pela Administração, por meio do uso de métodos coercivos, ensejou resistência popular, culminando, em 1904, com a denominada “Revolta da Vacina”.

viços privados e de caridade.

As autoridades de saúde somente voltaram as suas atenções para a prática de serviços relacionados à recuperação terapêutica, após a década de 30, oportunidade em que disponibilizaram prestações de saúde de cunho curativo, através dos Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAPs, destinados aos trabalhadores urbanos da economia formal, contribuintes da previdência social. Destaca-se que foi justamente nesse momento, que direitos relacionados à saúde pública foram previstos, pela primeira vez, em uma constituição brasileira<sup>5</sup>.

Mesmo com as reformas estatais, as décadas seguintes foram marcadas por insatisfações populares que obrigaram a Administração Federal, ainda durante o regime de ditadura militar, a criar o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS. Ocorre que, apesar de ter unificado o sistema de assistência médico-hospitalar no país, as deficiências de outrora permaneceram. Afinal, o modelo, caracterizado pela priorização da prática médica curativa, continuava a beneficiar apenas aos trabalhadores urbanos com vínculo empregatício formal e seus respectivos dependentes, todos na condição de segurados da Previdência Social, à margem do

---

<sup>5</sup> Isso ocorreu na Constituição Federal de 1934, através dos seguintes dispositivos contidos no Título IV, referente à Ordem Social e Econômica, os quais descreviam que: *Art. 138* - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: (...) f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a mortalidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis; g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. *Art 140* - A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do País, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução do mesmo exceder as possibilidades dos governos locais. Por sua vez, no plano do direito constitucional estrangeiro, merece destaque a Constituição italiana de 1948, apontada pela doutrina, como a primeira Lei Fundamental a considerar, explicitamente, o direito à saúde como um direito fundamental. O artigo 32, do diploma constitucional estabelece que: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”.

restante da população, que não recebia assistência pública à saúde, dependendo de atividades de filantropia prestadas por entidades assistenciais ou de serviços privados<sup>6</sup>.

Como resistência ao modelo político direcionado ao setor da saúde então vigente, surge, durante o processo de redemocratização, o “movimento sanitarista”. Dentre as suas principais reivindicações, destacam-se a universalização e a integralidade dos serviços públicos de saúde, a descentralização, entre os entes federados, na execução dessas políticas públicas, além da busca pelo equilíbrio entre ações que, ao mesmo tempo em que envolvam a medicina curativa, contemplem, de igual forma, a medicina preventiva<sup>7</sup>.

A força desse movimento social constituiu uma das vigas propulsoras para a criação do Sistema Único de Saúde, instituído no bojo da Carta Política de 1988, também denominada de Constituição Cidadã, a qual consagrou o direito à saúde como um direito fundamental, destinado a todos os brasileiros, com ou sem vínculo formal de trabalho.

Feito um breve apanhado evolutivo do serviço de saúde público no país, passamos, a seguir, a analisar o tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988 a esse direito fundamental.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTI-

---

<sup>6</sup> Segundo BARROSO L.R. (2007), p.13/14, esse sistema apresentava diversos problemas. Em razão de priorizar a medicina de natureza curativa, não conseguiu conter a proliferação de doenças endêmicas e epidêmicas, no país, ao passo que também não melhorou indicadores de saúde significativos, tais como os índices de mortalidade infantil e de expectativa de vida. O constante crescimento dos custos que envolvem a medicina curativa, conjuntamente com a redução do crescimento econômico, o qual repercutiu na arrecadação do sistema previdenciário, também podem ser elencados como fatores que contribuíram para o insucesso do modelo adotado pelo Governo.

<sup>7</sup> Essas reivindicações foram formalizadas na 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986 e, posteriormente, encaminhadas à Assembleia Constituinte, que as utilizou, em grande parte, para instituir os diversos dispositivos que tratam do direito à saúde, no bojo da Carta Magna.

## TUIÇÃO DE 1988 E NO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

Embora faça referência geral ao direito à saúde – em seu artigo 6º - a Constituição de 1988 o desdobra em vários dispositivos mais específicos<sup>8</sup>, no capítulo que trata da seguridade

---

<sup>8</sup> *Art.6º* - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso). *Art. 196* - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. *Art. 197* - São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. *Art. 198* - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional



social.

Em nível infraconstitucional, o direito à saúde encontra-se disposto, precipuamente, na Lei nº 8.080/90, que trata da organização e do funcionamento dos serviços de saúde e na Lei nº 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do sistema.

A partir da análise dos enunciados constitucionais e infraconstitucionais, pode-se extrair três proposições dogmáticas que resumem o tratamento jurídico-constitucional conferido ao tema. São elas:

a) O direito à saúde é um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, competindo ao Estado o dever de respeitá-lo, protegê-lo e promovê-lo por meio de políticas públicas que devem ser disponibilizadas à população, de forma universal<sup>9</sup> e

---

nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. *Art. 199* - A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>9</sup> Embora o assunto não possa ser tratado com mais vagar, em razão de não se tratar do tema, objeto do presente relatório, entendemos que a universalidade não traz, como corolário indispensável, a ideia de gratuidade. E, em que pese haja previsão expressa em relação à universalidade, não se pode olvidar que a Constituição, tampouco os expedientes normativos infraconstitucionais previram a gratuidade dos serviços públicos de saúde. Vale a ressalva, no entanto, que, atualmente, no Brasil, não são cobrados quaisquer valores aos usuários pela utilização do sistema. Sobre o

igualitária.

b) As ações e os serviços de saúde, consideradas de relevância pública, são prestados pelo Sistema Único de Saúde – SUS, através de órgãos e instituições públicas federais, estaduais, municipais, da Administração direta e indireta e das fundações subsidiadas pelo Poder Público, sendo que a participação da iniciativa privada é admitida em caráter complementar.

c) O financiamento do sistema é mantido essencialmente<sup>10</sup> pelos recursos do orçamento da seguridade social, provenientes da arrecadação de impostos<sup>11</sup>, sendo que as atividades que o compõem devem ser desenvolvidas com base nas seguintes diretrizes: participação da comunidade, descentralização político-administrativa e integralidade na assistência.

No que concerne às diretrizes do SUS, algumas considerações precisam ser tecidas com mais vagar.

Primeiramente, em relação à participação da comunidade, não se pode olvidar que o legislador constituinte teve a cautela de assegurar-lá não somente em relação ao direito à saúde, mas em diversos enunciados constitucionais que tratam de outros direitos sociais, sempre com o intuito de fomentar a gestão

---

assunto ver TORRES, R.L. (2003), p. 37; BARROS, P.P. (2012), p. 35-36; WEICHERT (2004), p. 158-171, SARLET I.W. (2007), p. 343-349; CURY I.T. (2005), p. 61-62; VALE L.A.M.M. (2010), p. 161-203, FIGUEIREDO, M.F. (2007), p. 170-177 e FIGUEIREDO, M.F. (2009), p. 42-65.

<sup>10</sup> Em que pese a principal forma de financiamento do SUS provenha da arrecadação de impostos, o artigo 32, da Lei nº 8.080/90 prevê outras fontes para a sua sustentação, nos seguintes termos: I – vetado; II – serviços que possam ser prestados sem prejuízos da assistência à saúde; III - ajuda, contribuições, doações e donativos; IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital; V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde e VI – rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

<sup>11</sup> Os recursos financeiros da Seguridade Social que subsidiam a saúde pública, no país, são transferidos do Fundo Nacional de Saúde para os fundos de cada esfera de governo. Por sua vez, os recursos provenientes das fontes alternativas estabelecidas no artigo 32, da Lei nº 8.080/90 podem ser encaminhados, diretamente, aos fundos de cada ente federativo. Em qualquer dessas hipóteses, as movimentações dos recursos devem ser fiscalizadas pelos Conselhos de Saúde, pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público.

democrática e de recuperar o exercício da cidadania, extirpado da sociedade brasileira, no período da ditadura militar. No âmbito da saúde, foram criadas duas instâncias colegiadas que visam promover essa diretriz constitucional, quais sejam as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde<sup>12</sup>.

Para promover a descentralização político-administrativa na execução de ações e de serviços de saúde, a organização do Sistema Único de Saúde foi dividida em níveis de complexidade (pequena, média e alta) e edificada em conformidade às ideias de subsidiariedade e de municipalização<sup>13</sup>. Tudo com o propósito de adequar a efetivação da saúde às peculiaridades locais, de otimizar os escassos recursos financeiros e humanos e de evitar a sobreposição de competências<sup>14</sup>, conferindo racio-

---

<sup>12</sup> As Conferências de Saúde ocorrem de quatro em quatro anos, são compostas por representantes de vários segmentos da sociedade e têm como propósito avaliar a situação da saúde, bem como formular políticas públicas no setor, desempenhando uma função de caráter consultivo, nos termos do artigo 1º, inciso I, § 1º, da Lei nº 8.142/90. Os Conselhos de Saúde, por sua vez, são órgãos colegiados permanentes correspondentes a cada ente da federação, formados por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários do sistema, com a função de deliberar e de fiscalizar as políticas de saúde, nos moldes do artigo 1º, inciso II, § 2º, da Lei nº 8.142/90.

<sup>13</sup> Cf. artigo 7º, inciso IX, “a”, da Lei nº 8.080/90. A subsidiariedade e a municipalização foram opções escolhidas pelo legislador, que teve a cautela de delimitar, de forma individualizada, nos artigos 16 a 18 do referido diploma legal, as atribuições de cada ente da federação, imputando, prioritariamente, aos municípios, a execução das políticas de saúde em geral. A União e os Estados somente devem intervir no campo de atribuição municipal, de modo supletivo, suprindo eventuais omissões.

<sup>14</sup> Apesar do presente relatório não versar sobre esse tema específico, não se pode deixar de mencionar o aguerrido debate que vem sendo travado na doutrina e na jurisprudência pátrias, com o intuito de esclarecer se a diretriz constitucional que estabelece a descentralização do SUS afasta ou não a responsabilização solidária entre os entes da federação no atendimento das ações de saúde. O entendimento majoritário é de que há solidariedade, a qual decorre da unidade do próprio sistema, denominado, não por acaso, de Sistema Único de Saúde. Em breve, aliás, o Supremo Tribunal Federal deverá julgar a questão, considerada de repercussão geral, no bojo do RE 566.471, assim como a proposta da Súmula Vinculante nº 04, que propõe vincular o entendimento da jurisprudência nacional nesse sentido. Contudo, discordamos dessa linha de posicionamento, ainda que majoritário, pois entendemos que a unidade não pode ser compreendida como sinônimo de solidariedade, a qual

nalidade e eficiência ao funcionamento do sistema.

No que se refere à política de distribuição de medicamentos, por exemplo, enquanto a União se responsabiliza pelo fornecimento de medicamentos estratégicos, com finalidades específicas, os Estados têm a atribuição de disponibilizar os medicamentos excepcionais, para o tratamento de doenças complexas e/ou raras, recaindo aos Municípios a responsabilidade pelo repasse dos medicamentos essenciais, usados na atenção básica à saúde<sup>15</sup>. Afinal, não faz sentido que todos os entes da federação prestem, simultaneamente, a mesma espécie de serviço à saúde, sob pena de se sobrepor, desnecessariamente, estruturas altamente custosas e de se conceber um programa de assistência desconexo e ineficiente<sup>16</sup>.

Por fim, é no campo da integralidade da assistência que se verificam os verdadeiros *hard cases*, uma vez que, com base nessa diretriz constitucional, diversas demandas judiciais plei-

---

não se presume. Em nosso entendimento, a concepção de unidade que norteia o SUS relaciona-se à ideia de coerência sistêmica. Nessa conformidade, os entes federativos devem submeter-se, de igual forma, a princípios fundamentais que o regem, atuando, de forma coordenada, porém não idêntica, em prol da efetivação do direito fundamental à saúde. O desempenho das atribuições específicas de cada ente federativo é responsável pela construção do conjunto, ou seja, de um sistema harmônico e operante, válido em todo o território nacional. Sobre tema, ver WEICHERT, M.A. (2004), p. 164-167; FIGUEIREDO, M.F. (2007), p. 98; GOUVÊA, M.M., (2004), p. 213; CURY, I.T. (2005), p. 126; BARROSO, L.R. (2007), p. 14/20; OLIVEIRA, E.B. (2001), p. 43; NASCIMENTO, Z. (2002), p. 28, LEIVAS, P.G.C. (2011), p. 635-648; LIMA, R.S.F (2008), p.237-253; LUPION, R. (2008), p. 311/324 e CAÚLA C. (2010), p. 77-83.

<sup>15</sup> Cf. Portarias editadas pelo Ministério da Saúde nº 204/2007, nº 2.577/2006 e nº 3.916/98.

<sup>16</sup> No entanto, para que a descentralização de competências tenha funcionalidade prática é imprescindível que haja delimitação precisa das atribuições de cada ente federativo e o correspondente e adequado repasse de recursos financeiros, capaz de sustentar as demandas decorrentes dessas novas atribuições, provenientes da descentralização. Nesse sentido, concordamos com as ponderações feitas por BARROSO, L.R. (2007), p.17, quando o autor sustenta que: “o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem, não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente”. Ainda sobre a questão, ver WEICHERT (2004), p. 166-167.

teando o fornecimento das mais variadas prestações de saúde têm sido interpostas, em todo país. A questão que se levanta é saber se, com fundamento na integralidade, pode-se exigir do Estado um dever imediato de promover toda e qualquer prestação de saúde a todo e qualquer indivíduo que dele reivindicar. Como veremos no transcurso desse trabalho, a resposta a esse questionamento não é tão simples como aparenta. Existem inúmeras circunstâncias, de caráter fático e jurídico, como o princípio da separação dos poderes e o argumento da “reserva do possível”, que precisam ser consideradas pelo operador jurídico, no momento de extrair o significado da norma constitucional que estabelece a integralidade.

Por hora e ainda sem desenvolver considerações acerca dessas condicionantes, já se pode afirmar que a integralidade não pode ser concebida pelo intérprete, de forma absoluta e incondicionada<sup>17</sup>. Ao dispô-la, o objetivo pretendido pela Assembleia Constituinte foi evitar uma gestão insuficiente no setor da saúde, tal como vivenciada, no Brasil, em situações recentes da sua história, a exemplo do modelo campanhista e da política desempenhada pelo INAMPS, em que ora somente se privilegiavam as ações de natureza preventiva, ora a prática médica de cunho curativo.

Em contrapartida, em momento algum, o legislador constituinte determinou que qualquer pessoa, em qualquer hipótese, tenha, sempre, um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação estatal que se relacione com a proteção da sua saúde<sup>18</sup>.

Afinal, os conceitos de integralidade, bem como de universalidade e igualdade que com ela possuem íntima relação, precisam ser compreendidos também em sua acepção material, ou seja, associados à ideia de justiça distributiva que norteiam os direitos sociais. Assim, considerando que os recursos são

---

<sup>17</sup> Concordamos com NOVAIS, J.R. (2010), p. 104-105, quando afirma que a previsão de um direito fundamental não gera, simultaneamente, um direito subjetivo ao indivíduo, a toda e qualquer prestação estatal.

<sup>18</sup> Cf. SARLET, I.W. (2007), p. 347.

finitos, não se pode descartar que discriminações positivas possam vir a ser praticadas, desde que justificadamente, com o objetivo de atenuar desigualdades fáticas existentes entre os administrados<sup>19</sup>.

E, para que isso ocorra não se pode sustentar o fundamento, eis que infactível<sup>20</sup>, de que a integralidade, por si só, cria uma obrigação para o Estado de prestar serviços plenos de saúde, para todas as pessoas. A integralidade foi concebida como uma diretriz e não como um direito público subjetivo. Trata-se de um caminho<sup>21</sup> a ser percorrido, progressivamente, pelo ente público para que esse atenda aos objetivos constitucionais.

Ocorre que, apesar de estabelecer muitas das finalidades, o Poder Originário Constituinte não definiu, com precisão, os meios a serem trilhados, recaindo sobre os poderes constituídos a opção de eleger um dentre os meios legítimos e possíveis. Não é incorreto afirmar, portanto, que a abertura semântica conferida pela Carta Magna à maioria dos seus dispositivos foi proposital. Isto porque a promessa do bem-estar social criou para os Estados, inclusive ao brasileiro, inúmeras responsabilidades antes inexistentes. A quantidade exacerbada de atribui-

---

<sup>19</sup> No Brasil, o antagonismo social é significativo e não pode ser desconsiderado pelos operadores jurídicos. Segundo relatório elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, as condições de vida desiguais “corroem quase 1/5 do padrão de desenvolvimento do país”, segundo informações disponíveis em: <http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=2374>. Acesso em 01.05.2012.

<sup>20</sup> Ao discorrer sobre a problemática, CAULA C. (2010), p. 81-82, afirma que o atendimento ilimitado a todas as pretensões de saúde é absolutamente impossível de acontecer em qualquer “lugar do planeta”. E aponta como fatores que impossibilitam a sua ocorrência não somente a escassez de recursos, ínsita a todos os deveres prestacionais do Estado, mas as dificuldades específicas do próprio setor da saúde, caracterizadas pelos altos custos da operacionalização de suas ações em decorrência do constante desenvolvimento tecnológico, os diversos interesses de mercado que o norteiam, além do envelhecimento da população.

<sup>21</sup> Segundo o dicionário, diretriz significa: “1. Linha fixa, ao longo ou em volta da qual se imagina correr outra linha ou uma superfície, para produzir uma figura plana ou um sólido. 2. Linha segundo a qual se traça um plano de qualquer caminho”. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em 30.06.2012.

ções assumidas, o alto custo para os seus desenvolvimentos e a escassez de recursos são questões fáticas que contribuem para que os Poderes Públicos tenham que efetuar escolhas, conformando os objetivos constitucionais de acordo com a conjuntura política, econômica e social e segundo os seus juízos de conveniência e oportunidade.

As divergências surgem quando o Estado cumpre de forma deficiente ou, até mesmo, não atende minimamente os fins constitucionais. Quem socorre o cidadão nessas circunstâncias? Pode o Poder Judiciário interferir nessas escolhas ou a liberdade de atuação estatal é ilimitável?

Sem adentrar, ainda, na problemática central do presente relatório, mostra-se conveniente apresentar algumas informações adicionais, pertinentes ao tema, que revelam um panorama da saúde no Brasil.

### 3. O QUE DIZEM OS NÚMEROS?

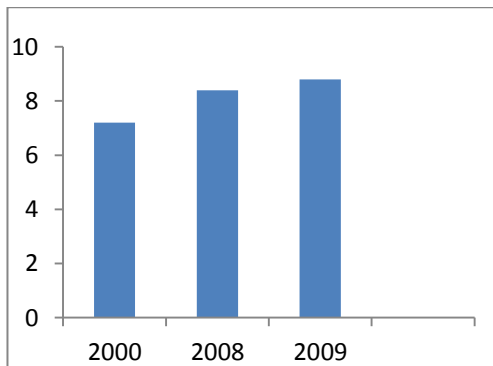
As informações estatísticas apresentadas a seguir contêm dados que refletem a situação da saúde, no Brasil. Senão vejamos.

As despesas totais realizadas com bens e serviços de saúde, no país, têm subido na última década. Em 2000, os gastos com o setor correspondiam a 7,2% do PIB. Esse percentual saltou para 8,4% do PIB, em 2008, e para 8,8% do PIB, em 2009<sup>22</sup>, conforme o gráfico a seguir:

*Gráfico 1 - Despesas totais na saúde - % do PIB*

---

<sup>22</sup> As informações referentes aos anos de 2000 e de 2008 foram divulgadas pela Organização Mundial da Saúde - OMS. Disponível no site <http://www.who.int/whosis/whostat/2011/en/index.html>. Acesso em 01.07.2012. As informações relativas ao ano de 2009, foram publicadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE Disponível no site [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia /noticia\\_impresao.php?id\\_noticia=2070](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia /noticia_impresao.php?id_noticia=2070). Acesso em 01.07.2012.



Fonte: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2010 e Organização Mundial da Saúde, 2010.

Contudo, os particulares gastaram mais com a sua própria saúde do que o governo com eles. Entre 2007 e 2009, os cidadãos foram responsáveis, em média, por 56,3% das despesas efetuadas com consumos finais de bens e serviços de saúde no País. Por outro lado, o importe despendido, pelo Poder Público, corresponde ao percentual de 43,7%, no mesmo período<sup>23</sup>. Já no ano de 2011, cada brasileiro gastou, aproximadamente, R\$ 835,00 com a sua saúde, enquanto os recursos estatais no setor foram de R\$ 645,00, por pessoa<sup>24</sup>.

Desse modo, em que pese a existência dos dispositivos constitucionais que preveem a universalidade no acesso e a integralidade no atendimento dos serviços públicos de saúde, os números revelam que a maioria da população brasileira não tem dependido do Estado para proteger e promover a sua saúde, utilizando-se do mercado privado, às suas próprias expen-

---

<sup>23</sup> Cf. informações divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Disponível no site [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_impresao.php?id\\_noticia=2070](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_impresao.php?id_noticia=2070). Acesso em 01.07.2012.

<sup>24</sup> Cf. informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE divulgadas na matéria intitulada "Brasileiro gasta mais que governo para ter serviços de qualidade", publicada no site <http://www.g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2012/brasileiro-gasta-mais-que-governo-para-ter-servicos-de-qualidade.html>, em 24.01.2012. Acesso em 01.07.2012.

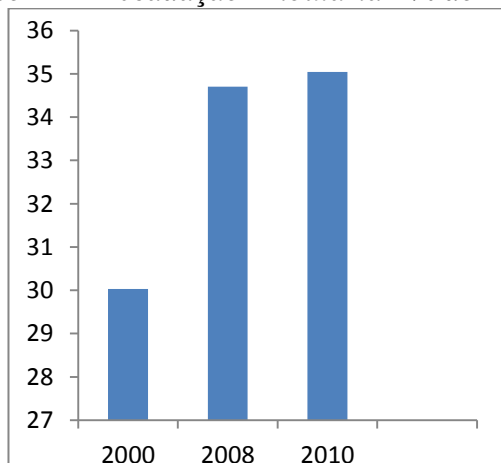


sas, para atender tal finalidade.

Outro ponto importante que precisa ser avaliado tem a ver com os recursos que mantém o Sistema Único de Saúde, ou seja, com a arrecadação tributária. Afinal, o financiamento da saúde é feito, essencialmente, pela via fiscal.

Segundo informações disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT, cada brasileiro pagou no ano de 2010 cerca de R\$ 6.722,38 (seis mil, setecentos e vinte e dois reais e trinta e oito centavos), em impostos, quase R\$ 998,96 (novecentos e noventa e oito reais e noventa e seis centavos), a mais do que no ano de 2009<sup>25</sup>. O crescimento da arrecadação tributária frente ao PIB, aliás, tem sido observado ao longo da primeira década do século XXI, tal como se observa no gráfico abaixo:

*Gráfico 2 - Arrecadação Tributária - % do PIB*



Fonte: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2011.

A arrecadação tributária no Brasil também é significativa

<sup>25</sup> Cf. informações do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário– IBPT divulgadas no site [http://www.ibpt.com.br/home/publicação.view.php?publicacao\\_id=13913&pagina=0](http://www.ibpt.com.br/home/publicação.view.php?publicacao_id=13913&pagina=0). Acesso em 01.07.2012.

para padrões mundiais, tanto que se compusesse a lista dos países membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o país ocuparia a décima oitava colocação no *ranking* geral das nações com o maior percentual de carga tributária, no ano de 2008<sup>26</sup>, consoante a seguinte tabela:

*Tabela 1 Ranking entre os países que compõem a OCDE e o Brasil em Carga Tributária*

<i>Posição</i>	<i>País</i>	<i>Arrecadação Tributária/ PIB</i>
1°	Dinamarca	48,20
2°	Suécia	46,30
3°	Bélgica	44,20
4°	Itália	43,30
5°	França	43,20
6°	Finlândia	43,10
7°	Áustria	42,70
8°	Noruega	42,60
9°	Hungria	40,20
10°	Holanda	39,10
11°	Alemanha	37,20
12°	Eslovênia	37,00
13°	Islândia	36,80
14°	República Tcheca	36,00
15°	Reino Unido	35,70
16°	Luxemburgo	35,50
17°	Portugal	35,20
<b>18°</b>	<b>Brasil</b>	<b>34,70</b>

Fonte: Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, 2010.

<sup>26</sup> Cf. informações prestadas pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, disponível no site <http://www.ibpt.com.br/img/publicacao/13891/189.pdf>. Acesso em 01.07.2012.

No entanto, ao se comparar as despesas públicas realizadas com os cuidados de saúde nesses países, durante o ano de 2008, verifica-se que o Brasil não promoveu investimentos na mesma proporção que essas nações, apesar da elevada carga tributária imposta à população, como se observa nas informações publicadas pela Organização Mundial de Saúde-OMS<sup>27</sup>, devidamente estruturadas na tabela subsequente:

*Tabela 2*

*Percentual dos gastos do Governo em saúde em comparação aos gastos públicos gerais realizados pelo Governo*

<i>Posição</i>	<i>País</i>	<i>Gastos do Governo em saúde como % do gasto total do Governo</i>
1º	Dinamarca	15,3
2º	Suécia	13,8
3º	Bélgica	14,8
4º	Itália	13,6
5º	França	16,0
6º	Finlândia	12,6
7º	Áustria	15,8
8º	Noruega	16,7
9º	Hungria	10,2
10º	Holanda	16,2
11º	Alemanha	18,0
12º	Eslovênia	12,9
13º	Islândia	13,1
14º	República Tcheca	13,3
15º	Reino Unido	15,1
16º	Luxemburgo	13,7
17º	Portugal	15,4
<b>18º</b>	<b><i>Brasil</i></b>	<b>6,0</b>

<sup>27</sup> Disponível no site <http://www.who.int/whois/whostat/2011/en/index/html>. Acesso em 01.07.2012.

Fonte: Organização Mundial da Saúde, 2010.

Ressalta-se que o Brasil apresentou um percentual de investimento público na saúde abaixo da média mundial calculada pela Organização Mundial da Saúde que foi de 13,9%, no mesmo período. O descumprimento, por parte de algumas unidades da federação, aos percentuais mínimos de investimentos na saúde determinados pela Constituição Federal pode ser apontado como provável causa para o país se encontrar abaixo da média mundial. No ano de 2008, por exemplo, cinco dos vinte e sete estados brasileiros deixaram de atender às exigências constitucionais, segundo dados estatísticos divulgados pelo próprio Ministério da Saúde<sup>28</sup>, através do seu sistema de informações.

Assim, a partir dessa realidade numérica, fica mais fácil compreender o fenômeno caracterizado pela intensa judicialização da saúde, vivenciado no País, de modo que a pergunta levantada no item anterior mantém a sua pertinência e carece de ser respondida. Afinal, tem o cidadão brasileiro o direito de recorrer ao Poder Judiciário e esse de intervir, quando as coisas não funcionam como o esperado, ou seja, quando o serviço público de saúde encontra-se deficiente ou inexistente?

Para que esse questionamento seja devidamente esclarecido, não se pode deixar de analisar a problemática em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, a qual tem sido alvo de intenso debate na doutrina e na jurisprudência. Esse será o objeto do próximo capítulo.

## CAPÍTULO II. A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

### 1. DEMOCRACIA X JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

---

<sup>28</sup> Cf. informações divulgadas no site <http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>. Acesso em 02.07.2012.

A legitimidade da Justiça Constitucional<sup>29</sup> é reiteradamente contestada, sendo a sua intervenção considerada, por muitos pensadores, como a antítese da democracia.

Aqueles que se opõem à legitimidade da Justiça Constitucional afirmam que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo. E, por não exercerem mandato popular, não se submetem a controle periódico de aferição de suas atuações, próprios da democracia representativa, de modo que o risco democrático de depositar aos Tribunais Constitucionais o poder de rever as opções políticas feitas pelos representantes eleitos é alto demais e não constitui a melhor escolha.

Em resumo, sustentam que as Cortes Constitucionais são compostas por um número pequeno de membros, provenientes de uma elite social, sendo que a sua formação não alberga todos os segmentos da sociedade. A burocracia procedimental inerente às demandas judiciais também constitui um fator que prejudica o livre debate de ideias. De outro lado, argumentam que o Parlamento e o Governo conseguem, em face das suas regras menos formais e da grande quantidade de seus componentes<sup>30</sup>, atuar, com maior liberdade e representatividade, possibilitando um debate mais heterogêneo de ideias.

Os adeptos desse posicionamento doutrinário concordam que os membros dos poderes eleitos nem sempre consentem entre si, pois os desacordos são inerentes ao ser humano e ao seu convívio em sociedade e apontam o critério majoritário

---

<sup>29</sup> Como esclarecimento inicial, é válido ressaltar que o Brasil incorporou, em seu sistema constitucional, além do controle concentrado, também o modelo difuso de controle de constitucionalidade. Por essa razão, embora a última palavra seja proferida pelo Supremo Tribunal Federal, todos os juízes e Tribunais possuem legitimidade para analisar conflitos que discutam, incidentalmente, a constitucionalidade de leis e/ou atos administrativos.

<sup>30</sup> Para exemplificar, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros, enquanto o Congresso Nacional é composto por 513 (quinhentos e treze) Deputados Federais e 81 (oitenta e um) Senadores, totalizando 594 (quinhentos e noventa e quatro) membros.

como o mais adequado para a solução das eventuais divergências<sup>31</sup>, tal como ocorre nos Tribunais Constitucionais.

Ao defenderem a sua linha de pensamento, essa corrente dogmática não ignora que os Representantes dos Poderes Legislativo e Executivo possam se equivocar no momento em que votam e aplicam as leis ou, até mesmo, que possam praticar, intencionalmente, abusos de poder, decidindo em conformidade aos seus interesses pessoais e não em prol do interesse público. Entretanto, apesar de se tratarem de hipóteses possíveis, tais comportamentos devem ser observados como exceção e não como regra em um Estado Democrático de Direito. Isto porque, segundo os seus entendimentos, o próprio regime democrático coíbe naturalmente o cometimento de tais práticas, sem que seja necessário haver uma judicialização da política.

A probabilidade de que os detentores de mandatos eletivos exerçam tal múnus, adequadamente, é elevada, uma vez que o descumprimento dos compromissos assumidos perante a população geram consequências nas próximas eleições. Segundo Waldron<sup>32</sup>, se os cidadãos entenderem que a atuação de seus candidatos não foi satisfatória, não mais os reconduzem aos seus cargos no pleito eleitoral seguinte, pois o povo não vota em quem não confia.

Por essas razões, argumentam que não há razões para que um terceiro poder, cuja estruturação e funcionamento escapam

---

<sup>31</sup> Para WALDRON, J. (2005), p. 136, o livre debate de ideias gera, inevitavelmente, desacordos. E para que as divergências sejam dirimidas, deve-se escolher um critério. Dentre os diversos meios que podem ser empregados no intuito de escolher a opinião prevalecente, pode-se lançar uma moeda, tal como um jogo de sorte ou azar; pode-se, nos moldes hobbesiano, escolher uma única pessoa para decidir, uma vez que, raramente, ela entrará em divergência consigo mesma ou, então, pode-se adotar o critério majoritário, mais adequado segundo o autor, pois se trata do método que mais se coaduna com o regime democrático.

<sup>32</sup> O autor WALDRON J. (2005), p. 22, menciona que, ao não confiarmos nos agentes escolhidos pela sociedade, não estamos confiando em nós mesmos e nas nossas capacidades de escolhas, advertindo que a não adoção de uma determinada opinião não significa que a decisão prevalecente tenha sido irresponsável ou abusiva.

ao controle popular<sup>33</sup>, possa rever, ao seu alvedrio, as opções políticas feitas pelos representantes eleitos. Ao contrário. As decisões políticas fundamentais devem recair sobre o Parlamento e sobre o Executivo, uma vez que detêm legitimidade democrática indiscutível, a fim de que não haja subversão do regime democrático e, por via de consequência, violação do princípio da separação dos poderes.

Em face desse posicionamento, diversos contra-argumentos têm sido oferecidos. Sem a pretensão de esgotar o tema, a seguir são analisados os fundamentos mais persistentes e significativos em favor da legitimidade da Justiça Constitucional, com os quais concordamos.

## 2. A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E O SEU INEQUÍVOCO PAPEL NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DEMOCRACIA

Com o advento do Estado Social, a igualdade meramente jurídica é substituída pela busca da igualdade material, acarretando uma redefinição do papel do Estado em relação aos indivíduos. Além de cumprir os deveres fundamentais de respeito e de proteção, característicos do modelo liberal, o Poder Público assume, também, a incumbência de atender aos chamados deveres estatais de promoção, no intuito de atenuar as desigualdades fáticas e de proporcionar condições materiais mínimas e dignas aos cidadãos.

A partir dessa nova realidade, a fiscalização do poder estatal passa a ser uma tarefa ainda mais árdua, uma vez que não basta frear a sua atuação nos casos em que o Poder Público extrapola, agindo quando deveria abster-se. O controle do poder estatal faz-se necessário também nos momentos em que o Estado se omite, em que pese tivesse a obrigação de agir.

Por esses motivos, o princípio da separação dos poderes e

---

<sup>33</sup> ELSTER, J. (1989), p. 196.

os mecanismos de controle devem ser reavaliados, em prol de um eficaz sistema de freios e contrapesos. E, nesse processo, a Justiça Constitucional surge como um meio legítimo e hábil para promover a fiscalização das atividades estatais.

Por mais que os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo sejam eleitos pelo povo e tenham o dever de representá-los, o fato é que, nem sempre, os interesses por eles defendidos correspondem aos anseios da população. É evidente que se deve presumir que os integrantes desses poderes irão representar os interesses de seus eleitores. Contudo, a confiança, muitas vezes, pode ser abalada e o sistema precisa dispor de instrumentos para coibir tais comportamentos.

Ademais, nem sempre a vontade da maioria deve prevalecer. E se a vontade dessa maioria aniquilar a vontade de uma minoria? Tensões dessa ordem ocorrem com frequência, sendo a escravidão no Brasil e o extermínio de judeus com a ascensão do regime nazista, na Alemanha, alguns dos seus exemplos mais dramáticos.

Embora o princípio majoritário seja constitutivo da democracia, ele não é a democracia em si. A ideia da democracia deriva do conjunto dos direitos do homem, vista sob uma concepção substancial, muito mais integrativa da comunidade do que uma concepção formal, estatística da maioria<sup>34</sup>. Nessa lógica, é correto afirmar que a legitimidade democrática decorre muito mais do conteúdo das decisões dos Poderes do que da forma com que esses Poderes foram constituídos. Caso contrário, o Estado Democrático de Direito estaria em risco, podendo se transformar em uma ditadura, em que a maioria nunca estaria enganada, em que “a voz do maior número obriga sempre

---

<sup>34</sup> BRITO, J.S (1995), p.42-43. Nesse mesmo sentido, CUNHA JR. D. (2008), p. 397, que afirma que o elemento caracterizador da democracia é o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana e não a representação popular desempenhada pelos *edis*, no momento da feitura das leis, considerada pelo autor, como mera ficção jurídica.



todos os outros<sup>35</sup>”.

Nessa conformidade, a criação de um poder autônomo que tenha a atribuição de verificar, de forma imparcial, se a decisão política proferida pela maioria respeitou os limites jurídicos impostos pela Constituição do Estado de Direito revela-se mais apropriada. Sobre o tema, Schwartz afirma que o Estado que não reconhece isso, não valoriza os direitos fundamentais, uma vez que mantém a vida, a liberdade, a prosperidade de seus cidadãos sujeita à disposição absoluta e despótica de um único poder, ainda que representante da opinião majoritária da população<sup>36</sup>.

Ao avaliar, por exemplo, as informações numéricas apresentadas no capítulo anterior, observa-se que o Brasil encontra-se, segundo a OMS, abaixo da média mundial de investimentos governamentais no setor da saúde, embora a arrecadação tributária esteja crescendo progressivamente, nos últimos anos. E parte desse déficit é causado em razão de alguns estados da federação não cumprirem com o percentual mínimo de investimentos em saúde determinado pela Constituição, causando prejuízo a milhares de pessoas que dependem do sistema único de saúde para a proteção do seu direito fundamental à vida. Nessa situação específica, em que parcela das unidades da federação, sem motivo aparente e justificador, não atendem às regras constitucionais expressas na saúde, não seria apropriado que os entes inadimplentes fossem controlados por um poder devidamente estruturado e imparcial, com força para intervir com rapidez e para impedir violações aos direitos desses cidadãos, reféns da inoperância estatal?

A jurisdição constitucional, portanto, deve ser concebida pelo sistema com essa finalidade, como um controle a mais que não somente aquele efetuado pelos cidadãos, no momento das

---

<sup>35</sup> Segundo ROUSSEAU, J.J. (1981) p. 106, “quando a opinião contrária à minha vence, isso não prova outra coisa senão que eu me tinha enganado e o que pensava ser a vontade geral não o era”.

<sup>36</sup> SCHWARTZ, B. (1966), p. 46.

eleições. Trata-se de um verdadeiro “plano B”. Afinal, imputar a responsabilidade pelo controle das atividades estatais, com exclusividade, à população, tal como defendida pelo neozelandês Waldron<sup>37</sup>, pode não ser suficiente para a preservação dos direitos fundamentais, pois depende, essencialmente, do nível de amadurecimento democrático de cada nação.

Será que se pode dizer que a democracia representativa, no Brasil, tem sido desenvolvida eficazmente tal como a democracia representativa existente na Nova Zelândia<sup>38</sup>? Melhor dizendo. Os direitos políticos e os direitos que representam as condições necessárias para o exercício da democracia estão sendo devidamente assegurados aos cidadãos brasileiros, tal como nesse País?

Existe um amplo consenso na sociedade no sentido de que direitos como a educação, o acesso à alimentação, a liberdade de expressão e de informação, são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade, para a garantia de uma existência condigna e, também, para a consolidação do regime democrático.

Da mesma forma, afirma-se que sem proteger, ainda que minimamente, tais direitos, o cidadão encontra-se muito mais vulnerável às investidas clientelistas, às tentativas de compras de votos em troca de obtenção de meios de sobrevivência, uma vez que não lhe fora proporcionado igualdade de condições sociais e econômicas para exercer a sua cidadania livremente. Tratam-se das liberdades instrumentais definidas por Amartya Sen, as quais “contribuem, direta ou indiretamente, para a li-

---

<sup>37</sup> Ver capítulo II, item 1.

<sup>38</sup> A título de comparação, enquanto a Nova Zelândia possui o quinto melhor Índice de Desenvolvimento Humano – IDH entre os países participantes da Organização das Nações Unidas, o Brasil ocupa a octagésima quarta posição, conforme o ranking divulgado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD, em 2011, disponível no *site* [http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista\\_de\\_pa%C3%ADses\\_por\\_%C3%8Dndice\\_de\\_Developmento\\_Humano#Lista\\_completa\\_dos\\_pa.C3.ADses](http://pt.wikipedia.org/wiki/Anexo:Lista_de_pa%C3%ADses_por_%C3%8Dndice_de_Developmento_Humano#Lista_completa_dos_pa.C3.ADses). Acesso em 01.05.2012.

berdade global<sup>39</sup>”. Dentre essas liberdades, destacam-se as denominadas “oportunidades sociais” que englobam áreas como a educação, que precisam ser desenvolvidas para que, de fato, haja uma participação mais efetiva do indivíduo no campo político e econômico. O autor frisa, inclusive, que o analfabetismo pode ser uma grande barreira ao processo político, pois dificulta o acesso às informações necessárias ao seu regular exercício.

No Brasil, os dados estatísticos disponíveis sobre a educação revelam uma realidade desoladora. De acordo com o Censo 2010, feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE<sup>40</sup>, 9,6% da população com 15 anos ou mais são analfabetas, totalizando quase 14 milhões de brasileiros nessa condição. Por ser um país muito extenso, há diferenças internas significativas no grau de desenvolvimento. Do número de analfabetos com essa faixa etária, 53,3% deles se encontram na região nordeste, ou seja, nessa localidade, há uma concentração de 7,43 milhões de pessoas que não sabem ler nem escrever. Ressalta-se que se está falando do analfabetismo absoluto e não do analfabetismo funcional. Em relação a esse último, os dados são ainda menos animadores, uma vez que, segundo informações disponibilizadas pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, realizada anualmente pelo IBGE<sup>41</sup>, um em cada cinco brasileiros são analfabetos funcionais, ou seja, um quarto do total da população nacional.

No que diz respeito à alimentação e à assistência social, o quadro também é grave. Há, no Brasil, o Programa Bolsa Família, destinado a conceder um rendimento mensal à população carente, cuja renda familiar não ultrapasse R\$ 140,00 (cento e quarenta reais). Em 2009, o PNAD informou que 12,7 milhões

---

<sup>39</sup> SEN A. (2010), p. 58-59.

<sup>40</sup> Conforme dados disponíveis no site <http://www.vidaeducacao.com.br/?p=1201>. Acesso em 01.05.2012.

<sup>41</sup> Segundo estudo apresentado por BARCELLOS A.P. (2011), p. 629/630.

de famílias recebem o benefício governamental<sup>42</sup>. Considerando que cada família tenha, no mínimo três integrantes, não fica difícil constatar as dificuldades vivenciadas pela população brasileira.

Além disso, é importante frisar que ainda para aqueles indivíduos que possuam condições de participar ativamente do processo democrático não é fácil controlar os trâmites políticos no Brasil, bem como as atividades desenvolvidas pelos seus representantes eleitos, por dificuldades no exercício da denominada “garantia de transparência<sup>43</sup>”. Para Amartya Sen, o desenvolvimento dessa categoria de liberdade tem um papel fundamental na sociedade, pois contribui para a inibição de práticas de corrupção, de irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas.

A ausência de ideologias dos partidos políticos, as constantes infidelidades partidárias praticadas pelos ocupantes de mandatos eletivos, a existência, ainda que em caráter excepcional, de votos secretos durante as sessões no Congresso Nacional, a corrupção e a comercialização de cargos na Administração Direta e Indireta em troca de apoio parlamentar, dificultam, sobremaneira, o exercício dessa garantia de transparência e não constituem fenômenos isolados na política nacional, de modo que não podem ser desconsiderados quando se analisa a democracia representativa pátria.

Por essa razão, observa-se que as democracias não estão amadurecidas igualmente em todos os países. E, embora se trate de um argumento mais de natureza sociológica do que jurídico, não pode ser ignorado, sob pena de não se conseguir solucionar problemas específicos de cada localidade. É nesse sentido que Richard Posner critica a aplicação indistinta da teoria desenvolvida por Jeremy Waldron, por acreditar que esse

---

<sup>42</sup> Conforme dados disponíveis no site <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/comentarios2009>. Acesso em 01.05.2012.

<sup>43</sup> SEN, A. (2010), p. 60.

doutrinador desenvolveu sua teoria a partir do contexto institucional da Inglaterra e da Nova Zelândia, países nos quais viveu e exerceu a sua carreira acadêmica<sup>44</sup>.

De fato, a recepção de teorias estrangeiras deve ser vista com cautela, para adequá-la aos contextos diversos daqueles para os quais elas foram elaboradas. É inegável, por exemplo, que a Inglaterra e a Nova Zelândia são considerados Estados Democráticos de Direito, dotados de um efetivo controle da atuação dos poderes estatais frente à proteção e à promoção dos direitos fundamentais, mesmo sem a existência de uma Justiça Constitucional. Contudo, a premissa de que os cidadãos estão aptos a exercerem a cidadania plenamente, podendo efetuar escolhas conscientes e que os eleitos irão atender as suas expectativas não parece se adequar com a mesma precisão à realidade brasileira<sup>45</sup>.

Certamente que ponderações como as acima expostas foram consideradas pelo Legislador Constituinte, em 1988, uma vez que definiu competir ao Poder Judiciário o papel de guardião da Constituição Federal<sup>46</sup>, com legitimidade para, difusa ou abstratamente, controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos, bem como de omissões praticadas pelos poderes estatais.

Poderia a Assembleia Constituinte ter escolhido o Parlamento ou o Governo para decidirem os desacordos gerados entre as suas decisões políticas e os limites impostos pela Constituição Federal? Certamente que sim. O Poder Originário é ilimitado, incondicional, soberano e a ele compete criar o instrumento orgânico-mor que regerá o Estado. Contudo, seja

---

<sup>44</sup> POSNER, R. (2005), p.160.

<sup>45</sup> Para BERTOMEU J.F.G. (2009) nos países latino americanos, os cidadãos têm poucas chances de influenciar nas discussões políticas referentes à implementação de políticas públicas, motivo pelo qual o autor não vê muito sentido em analisá-los sob uma ótica de um sistema democrático ideal. Segundo o autor, temos que dedicar nossos esforços para lidarmos com os problemas que são reais e concretos.

<sup>46</sup> O legislador constituinte estabeleceu, no artigo 102, que compete, precipuamente, ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.

porque entendeu que os Poderes não conseguiriam se autofiscalizar com a isenção necessária, seja porque considerou que o controle exercido pelo povo nas eleições seria ineficiente, o fato é que o Legislador Constituinte estabeleceu que o sistema de *checks and balances* inerentes ao Estado Democrático de Direito somente seria alcançado, no País, através de um órgão imparcial e dotado de garantias capazes de assegurar tal isenção, qual seja, a Justiça Constitucional.

Não é incorreto afirmar, portanto, que a legitimidade da jurisdição constitucional em dirimir conflitos dessa natureza decorre formalmente da Constituição Federal, uma vez que o povo assim o desejou no momento da sua elaboração.

Por fim, para um melhor enfrentamento da questão, não se pode deixar de considerar, ainda, algumas especificidades do exercício da atividade jurisdicional que demonstram que a opção da Assembleia Constituinte brasileira constituiu a melhor escolha.

É comum se perquirir se um grupo elitizado de pessoas, que não se submetem, periodicamente, a controles democráticos de suas atuações, que decidem com base em critérios majoritários e que discordam entre si, como fazem os parlamentares e os membros do governo, possam tomar decisões mais acertadas do que os representantes eleitos diretamente pela população.

Ocorre que, embora persuasivos, tais argumentos não merecem prosperar. Não se discute que os Juízes discordam entre si e que decidem seus desacordos utilizando-se do critério majoritário, da mesma forma que os demais poderes constituídos. Contudo, é no desempenho de suas atividades que a Justiça Constitucional constrói um dos pilares mais importantes justificadores da sua legitimidade democrática. É o que Villalón<sup>47</sup> denomina de legitimidade de exercício.

Quando o Judiciário profere uma decisão, o faz publica-

---

<sup>47</sup> VILLALÓN, P.C. (1995), p. 88.

mente e, mais, fundamentadamente, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Tais exigências relacionam-se a ideia de transparência e de racionalidade e existem justamente para que os cidadãos verificarem se os vereditos judiciais estão sendo proferidos em conformidade às normas constitucionais e infraconstitucionais.

Para Chumbinho<sup>48</sup>, a legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo é presumida, enquanto a legitimidade do Poder Judiciário não, pois tem que ser comprovada no exercício de suas atividades, de maneira explícita, razoável, clara e, em conformidade com as leis criadas pelos representantes diretos do povo.

É claro que a necessidade de motivação e de publicidade não são garantias absolutas de que todas as decisões da Corte Constitucional sejam acertadas. Entretanto, tais exigências não deixam de servir como um reforço a mais no controle feito pelos indivíduos, destinatários finais de todo esse arcabouço jurídico. É justamente por isso que o argumento em torno da falta de legitimidade do Judiciário em razão desse poder não ser controlado pela população deve ser analisado com cuidado.

De fato, é inegável que, de quatro em quatro anos, os representantes eleitos submetem-se à fiscalização de suas atuações. A princípio, se o seu desempenho atendeu às expectativas da população, o ocupante do cargo eletivo poderá ser reeleito<sup>49</sup>. De outro lado, o descontentamento do eleitor resultará na escolha de outro candidato. Essa “instabilidade” incute no agente uma maior responsabilidade de acertar, de atender aos anseios de quem os elegeu.

No Brasil, os membros do Poder Judiciário brasileiro não

---

<sup>48</sup> CHUMBINHO, J. (2009), p. 122.

<sup>49</sup> O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente, nos termos do artigo 14, §5º, da CF.

ocupam mandatos eletivos e sim cargos vitalícios<sup>50</sup>, sendo que as suas exonerações não dependem diretamente da vontade popular. Mas a ausência de controle popular não transforma esse Poder em uma instituição antidemocrática, tampouco isenta de responsabilização.

A impossibilidade da maioria da população retirar, por sua vontade, um Magistrado do cargo público que ocupa foi uma opção adotada, de forma proposital, pelo Legislador Constituinte, para impedir qualquer tipo de interferência decorrente da pressão popular no exercício de suas funções. E foi além para atender ao seu objetivo. Assegurou aos membros do Poder Judiciário as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídios.

Pensemos no papel do Judiciário ao se deparar com causas polêmicas em que o cumprimento da Constituição Federal acarretará, inevitavelmente, uma decisão de natureza absolutamente impopular<sup>51</sup>. Se a permanência do cargo dependesse da vontade geral, estaria o Magistrado seguro em tomar uma decisão contramajoritária? Evidentemente que não. Permitir que a vontade da maioria destitua um Juiz quando esse a desagrade constitui um retrocesso perigoso, tal qual como vivenciado pelos Juízes, nas Monarquias Absolutistas europeias, em que as suas posturas subjugadas comprometeram significativamente a imagem do Judiciário perante a sociedade. O descrédito vivido nessa época postergou-se no tempo, sendo uma das causas que contribuíram para o atraso da implementação das Justiças Constitucionais em muitos países da Europa, ao contrário da

---

<sup>50</sup> A vitaliciedade, no primeiro grau, será adquirida após dois anos de exercício, sendo que a perda do cargo somente poderá ocorrer após sentença judicial transitada em julgado, nos termos do artigo 95, I, da CF.

<sup>51</sup> No julgamento do RE 153.531/SC, o Supremo Tribunal Federal, em decisão polêmica envolvendo colisão de princípios constitucionais, entendeu que a manifestação cultural majoritariamente aceita no estado de Santa Catarina chamada de “farra do boi” constituía prática violadora dos dispositivos constitucionais fundamentais previstos no artigo 225, da Carta Magna, uma vez que provocava crueldade em relação aos animais.



realidade vivenciada nos Estados Unidos.

Não se pode olvidar que a não aferição periódica de suas atuações pelos cidadãos não torna o Juiz imune à responsabilização. As suas atividades são controladas internamente, através de suas Corregedorias e, externamente, pelos diversos órgãos e segmentos sociais, tais como o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil, a imprensa e, principalmente, pelos próprios cidadãos que poderão denunciar as irregularidades às autoridades competentes. Ademais, essas fiscalizações se tornam mais fáceis de serem realizadas, em face da necessidade de publicização e de motivação das decisões judiciais.

Em relação aos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal, não há um controle interno institucionalizado. Deve-se destacar, no entanto, que as decisões proferidas pela Corte Constitucional podem, em certas circunstâncias, serem revistas pelos demais poderes, ainda que indiretamente, evidenciando um sistema de controle mútuo, de freios e contrapesos<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> No constitucionalismo norte-americano tem-se um exemplo interessante. Trata-se do confronto vivenciado pelo então Presidente Franklin Roosevelt e a Suprema Corte Americana. O Chefe do Poder Executivo deu início à política do New Deal, promulgando diversas leis de cunho social. A Corte Constitucional, por sua vez, seguindo uma concepção mais liberal, declarou a inconstitucionalidade de muitas dessas leis. Com a sua reeleição, Roosevelt enviou mensagem ao Congresso Americano denominado *court-packing plan*, visando aumentar o número de juízes da Suprema Corte. Em que pese a proposta não ter sido aprovada no Parlamento, a pressão política fez com que a Corte Constitucional começasse a rever o seu posicionamento. No Brasil, situação semelhante ocorreu no julgamento da ADIN nº 14/89. Em resumo, a Associação dos Magistrados do Brasil protocolou a referida ação, sob o argumento de que o artigo 37, XI, da Constituição, que estipulava o teto máximo remuneratório dos funcionários públicos, tinha que ser interpretado de modo a não violar os direitos adquiridos dos Magistrados. No seu julgamento, a Corte Constitucional entendeu que as vantagens de caráter pessoal recebidas pelos juízes aposentados estariam excluídas do teto. Em 1998, demonstrando o seu desacordo com a interpretação constitucional, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº19/98, oportunidade em que, expressamente, dispôs, no bojo do artigo 37, XI, que as vantagens pessoais e de qualquer natureza não deveriam exceder ao teto remuneratório dos funcionários públicos.

Segundo Jeremy Waldron<sup>53</sup>, para a filosofia do direito contemporânea a palavra “arbitrário” possui ao menos três significados – imprevisibilidade, desrazoabilidade e ausência de legitimidade política - todos de natureza negativos. Entretanto, não há o que se falar, ao menos em tese, em atuação arbitrária da Justiça Constitucional, no Brasil. Observa-se que a sua atuação possui autoridade, ou seja, legitimidade, por previsão expressa contida na Constituição. Ademais, por imperativo constitucional, as decisões judiciais devem ser fundamentadas, baseadas no livre convencimento motivado e, atender aos ditames constitucionais e legais, sendo, portanto, razoáveis e previsíveis, respectivamente.

Assim, diante de todos os argumentos desenvolvidos, ainda que sucintamente, pode-se afirmar que a intervenção da Justiça Constitucional não contraria a democracia. Ao contrário. Reforça-a.

Em nosso entender, os Juízes possuem legitimidade democrática para intervir nos desacordos provenientes das decisões de natureza política em confronto com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. Mas, a depender da extensão, essa intervenção pode se tornar abusiva. Significa dizer que nem sempre será a Justiça Constitucional quem dará a última palavra nos conflitos envolvendo a implementação de direitos prestacionais. O desafio é justamente definir os limites dessa atuação, ou seja, identificar quanto e como o Judiciário brasileiro deve agir.

### CAPÍTULO III. EM TORNO DA RESERVA DO POSSÍVEL: CUSTO DOS DIREITOS, DISCRICIONARIEDADE e DIREITOS PRESTACIONAIS

#### 1. PREMISSAS INICIAIS

---

<sup>53</sup> WALDRON, J. (2005), p. 199-200.

Quando a Justiça Constitucional é convocada para intervir em feitos processuais que debatem a prática de omissões estatais na área da saúde, é muito comum que, ao contestar, o Poder Público apresente dois argumentos principais.

Preliminarmente, o Estado alega a falta de legitimidade democrática da Justiça Constitucional, aduzindo que a sua intervenção constitui grave violação ao princípio da separação dos poderes. Essa questão, aliás, foi objeto de análise no capítulo anterior.

No mérito, por sua vez, apresenta argumentos relativos à escassez recursal e aos custos dos direitos, afirmando que a obrigação pleiteada não está sendo prestada ao cidadão em decorrência de limitações fáticas e jurídicas que interferem na concretização dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, das alegações em torno da reserva do possível.

Essas discussões de fundo são trazidas à tona, pois a implantação de políticas públicas no âmbito da saúde acarreta, na maioria das vezes, gasto de recursos públicos. A quantidade exacerbada de necessidades individuais que precisam ser promovidas, o alto custo para os seus desenvolvimentos e a escassez de recursos são pontos relevantes que não podem ser ignorados. Assim, para atender ao extenso elenco de direitos fundamentais previstos na Constituição, o Estado, inevitavelmente, precisa efetuar escolhas. O que fazer, como fazer, quando fazer e a quem beneficiar constituem opções que recaem aos Poderes Públicos, mais especificadamente ao Legislativo e ao Executivo, de acordo com o seu juízo de conveniência e oportunidade.

Desse processo de priorização das políticas públicas, a problemática surge quase que naturalmente. Afinal, ao selecioná-las, o Estado, de forma inevitável, beneficia alguns cidadãos em detrimento de outros. Ocorre que, nem sempre, as escolhas feitas pelos representantes eleitos são acolhidas, irresignadamente, pelos preteridos, que acabam por buscarem a tutela dos

seus interesses perante o Poder Judiciário, a quem compete a apreciação de lesão ou ameaça de lesão de direitos de qualquer natureza<sup>54</sup>.

A escolha do Poder Judiciário como árbitro dessa disputa de interesses é legítima<sup>55</sup>. Contudo, os obstáculos suscitados contra a sua intervenção não se limitam à questão da legitimidade e precisam ser melhor investigados.

Não se pode olvidar que ao constatar a omissão da Administração Pública e ao compeli-la, por exemplo, a fornecer um determinado tratamento de saúde, o Judiciário impacta nas finanças do Estado, bem como interfere nas prioridades escolhidas pelos demais poderes estatais. A princípio, a postura intervencionista do Poder Judiciário pode soar como inapropriada, sendo recorrentes os questionamentos nesta seara. Até que ponto as opções políticas feitas pelos demais poderes constituídos devem ser respeitadas, pela Justiça Constitucional? Será que um Magistrado possui formação técnica para avaliar, sob uma percepção macro, se a dificuldade financeira eventualmente apontada pelo Estado é relevante?

O que se coloca, portanto, é se limites como a escassez de recursos e o custo dos direitos podem ser analisados pelo Poder Judiciário. E, caso a intervenção jurisdicional se mostre possível, como ela pode ser desenvolvida. Para responder a esses questionamentos é imprescindível esclarecer, inicialmente, a relação existente entre os direitos e os seus custos, para, logo a seguir, desenvolver o que vem a ser a reserva do possível.

## 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUAS MÚLTIPLAS DIMENSÕES E SEUS CUSTOS

A doutrina constitucional clássica tendia, no plano estru-

---

<sup>54</sup> Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

<sup>55</sup> Ver capítulo II.

tural, a dividir os direitos fundamentais entre os direitos sociais e econômicos, de natureza positiva e os direitos civis e políticos, de natureza negativa. Enquanto os primeiros exigiriam uma atitude ativa do Estado, através de funções prestacionais, os segundos ensejariam, apenas, uma atitude passiva, consubstanciada por funções de respeito e de abstenção. A diferença estrutural levava em consideração aspectos de natureza econômica e produzia consequências no momento de suas efetivações. Os direitos fundamentais de primeira geração teriam aplicação imediata, uma vez que não se tratariam de direitos onerosos, ao invés dos direitos de segunda geração, que por serem custosos ao Poder Público, não seriam auto-aplicáveis<sup>56</sup>.

Ocorre que, essa diferença estrutural estanque sustentada pela doutrina tradicional passou a ser questionada pelo constitucionalismo moderno, que observou um fator fundamental, antes despercebido, de que não há “uma correspondência linear e integral entre direito social e direito positivo e entre direito de

---

<sup>56</sup> Essa concepção, aliás, contribuiu para o surgimento do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, editados, no século passado, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Atualmente, a elaboração de dois, ao invés de um único documento, com regras de cumprimento distintas, vem sendo alvo de críticas doutrinárias, uma vez que as suas confecções não privilegiaram os princípios da unidade e da interdependência dos direitos humanos. Porém, na época, essa dualidade refletia a preocupação dos países de se comprometerem com a realização imediata dos direitos sociais. Por essas razões, restou expressamente previsto no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que cada Estado comprometia-se a assegurar, progressivamente e até o máximo dos seus recursos, a implementação dos direitos dessa natureza. Essa ressalva, por sua vez, não existe no Pacto dos Direitos Civis e Políticos. Ao estabelecerem regras diversas de implementação e de fiscalização entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais e econômicos, compreendidos, à época, como direitos negativos e positivos, respectivamente, os países signatários desconsideraram que os direitos de liberdade somente seriam exercidos livremente se os indivíduos pudessem contar com um núcleo mínimo de direitos que lhes proporcionassem igualdade material de condições. CANÇADO TRINDADE (1997), p. 475, com muita precisão, questiona de que adianta “o direito à liberdade de expressão sem o direito à educação? Como contemplar o direito de participação na vida pública sem o direito à alimentação?”.

liberdade e direito negativo”<sup>57</sup>.

Significa dizer que os direitos de liberdade e os direitos sociais possuem diversas dimensões. De um mesmo enunciado normativo pode-se obter diversas normas com estruturas ora de direito de defesa, ora de direito à prestação, as quais abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições *jusfundamentais*<sup>58</sup>.

Para exemplificar, basta observarmos o direito à saúde. Trata-se de um direito social que se encontra expressamente arrolado no artigo 6º, da Constituição Brasileira. Quando se exige do Estado uma prestação material, tal como um remédio ou um leito hospitalar o direito apresenta sua dimensão positiva. De outro lado, quando se pretende do Poder Público uma posição de abstenção, no sentido de respeitar que um determinado indivíduo contrate um plano de saúde privado, nos deparamos com a sua dimensão negativa.

É claro que os direitos sociais possuem uma dimensão positiva predominantemente, assim como os direitos de liberdade tem uma dimensão essencialmente negativa. Mas ter uma dimensão principal não é a mesma coisa que ter dimensão única. Não se trata de uma regra absoluta, tal como pensada outrora pela doutrina clássica. Desconsiderar a multifuncionalidade e a complexidade de natureza dos direitos fundamentais constitui um equívoco, com repercussões significativas principalmente no plano das suas judicializações.

Nessa conformidade, é correto afirmar que todos os direitos fundamentais possuem custos e não somente os direitos sociais e econômicos. Tal constatação foi objeto de detida análise na obra dos autores americanos Cass Sustein e Stephen Holmes<sup>59</sup> que desmistificam esse dogma jurídico, demonstrando que os direitos de liberdade e os direitos sociais não são

---

<sup>57</sup> NOVAIS, J.R. (2010), p. 130.

<sup>58</sup> ALEXY, R. (2008), p. 249-253.

<sup>59</sup> HOLMES, S; SUNSTEIN, C.R. (2001), p. 55-69. Sobre o tema, destaca-se, ainda, AMARAL, G. (2001), p. 15-37 e GALDINO, F. (2005), p. 160-186.

economicamente indiferentes, uma vez que não existem direitos gratuitos, enfatizando que nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Para proteger e viabilizar o gozo dos direitos de liberdade, antes defendidos como isentos de custos, o Estado deve dispor de consideráveis recursos a serem destinados à estruturação e manutenção de instituições policiais, parlamentares, administrativas e judiciais, tal como o faz com os direitos sociais. Ocorre que, em relação àqueles, os custos possuem uma visibilidade mais diminuta<sup>60</sup>, mas nem por isso deixam de existir.

Desse modo, se os deveres de promoção de todo e qualquer direito fundamental exigem reservas financeiras do Estado para serem concretizados, parece impossível não se adentrar na problemática que envolve a reserva do possível.

### 3. RESERVA DO POSSÍVEL: CONCEITO E DERIVAÇÕES

E o que vem a ser reserva do possível?<sup>61</sup>

A reserva do possível<sup>62</sup> pode ser compreendida como

---

<sup>60</sup> O autor CASALTA NABAIS J. (2007), p. 178, realiza uma interessante comparação entre a visibilidade dos custos diretos e a invisibilidade dos custos indiretos dos direitos, tal como ocorre com os impostos diretos e indiretos, respectivamente, pois “enquanto os impostos directos facilmente são sentidos, os impostos indirectos, em virtude da ‘anestesia fiscal que revelam, são menos sentidos”.

<sup>61</sup> A respeito da reserva do possível, ver OLSEN, A.C. (2008), p. 193-228; SGARBOSSA L.F. (2010), p. 215-239; SARLET (2007), p. 301-308; NOVAIS, J.R. (2010), p. 93-140; CAULA, C. (2010), p. 125-136; KELBERT, F.O. (2011), p. 65-98; LEAL, R.G. (2009), p. 82-113; BARCELLOS, A.P. (2011), p. 274-290; FIGUEIREDO M.F. (2007), p. 131-150; SCAFF, F.F. (2008), p. 133-153; LOPES, J.R.L. (2008), p. 155-173; WANG, D.W.L. (2008), p. 349-371.

<sup>62</sup> O primeiro precedente jurisprudencial que abordou a problemática em torno da reserva do possível foi o caso conhecido por *numerus clausus I* (BVerGE 33, 303, de 1973), proveniente do Tribunal Constitucional Alemão. Nesse *leading case*, discutia-se a constitucionalidade de restrições previstas em leis dos estados de Hamburgo e de Munique, que adotavam critérios de admissão ao curso superior, tais como o sistema denominado *numerus clausus*. Segundo os acionantes que pleiteavam vagas para o curso superior de medicina, a implementação de critérios dessa natureza comprometia os direitos fundamentais à livre escolha da profissão e do

uma limitação, de natureza fática, jurídica ou de razoabilidade, capaz de influenciar na concretização dos direitos fundamentais. Porém, para uma melhor compreensão dessa conceituação é importante desmembrar os diferentes tipos de limites que acompanham o argumento da reserva do possível.

A limitação fática é consubstanciada pela escassez real ou econômica. Ocorre quando um determinado bem não se encontra em quantidade suficiente para satisfazer todas as demandas existentes. Trata-se, portanto, da inexistência concreta de um produto ou serviço. No âmbito da saúde, essa modalidade de escassez é usualmente verificada nos casos relacionados aos transplantes, em que há sempre o dilema de se compatibilizar o reduzido número de órgãos disponíveis e o elevado número de pacientes nas filas de espera.

De outro lado, a limitação jurídica envolve as hipóteses de escassez ficta ou legal. Significa dizer que, embora o bem exista, ele não pode ser fornecido pelo Estado por motivos de indisponibilidade jurídica, como a falta de previsão orçamentária da despesa pleiteada. Essa, aliás, é a derivação da reserva do possível mais comumente suscitada pelo Poder Público nas ações judiciais que discutem, como fundo, as omissões estatais.

Por fim, existem situações em que, embora não se trate de inexistência real de um bem e mesmo havendo possibilidade para dele dispor, ainda assim, não se pode exigir do Estado algo que se encontre fora dos padrões do razoável. Para exemplificar, pensemos na hipótese em que o acompanhante de um paciente submetido a uma cirurgia pelo Sistema Único de Saúde requer hospedagem em hotel cinco estrelas, em absoluta

---

local de formação dos candidatos, previstos no artigo 12, §1º, da Constituição germânica. Ao decidir, o Tribunal Constitucional ponderou que os direitos de livre escolha da profissão e do local de formação não são absolutos, podendo ser limitados pela reserva do possível. Para a Suprema Corte Alemã, o Estado estava procurando cumprir, a contento, políticas públicas relacionadas ao acesso ao ensino superior, sendo que o pedido formulado pelos demandantes extrapolava ao que razoavelmente poderia se esperar da sociedade. Dentro desse conceito de razoabilidade, a Corte Constitucional rejeitou a pretensão dos acionantes.



desproporção ao que se pode razoavelmente esperar do Poder Público.

Nesse sentido, como bem observou Ana Carolina Olsen<sup>63</sup>, a reserva do possível é formada por condições da realidade que interferem na realização dos direitos fundamentais de cunho promocional, subjugando-os a juízos de razoabilidade e a disponibilidade de bens materiais e/ou recursos financeiros do Estado.

No setor da saúde, alguns dados da realidade podem ser apontados como causas que provocam o aumento das despesas públicas e, conseqüentemente, as alegações em torno da reserva do possível<sup>64</sup>. Condicionantes fáticas como carência de infraestrutura, desatenção aos programas de prevenção de doenças, ineficiência administrativa e corrupção impactam, inevitavelmente, nas finanças públicas. E, além das circunstâncias derivadas diretamente do mau gerenciamento do sistema pelo Estado, existem outras que também interferem no crescimento dos gastos públicos na saúde. Como exemplo, pode-se destacar o desenvolvimento da tecnologia médica ao longo dos anos, responsável por promover um incremento na quantidade e na qualidade de serviços de saúde disponíveis no mercado, mas também nos seus custos operacionais<sup>65</sup>.

Outra causa que deve ser considerada é o aumento da expectativa de vida da população brasileira e a diminuição da sua taxa de natalidade. Não se pode olvidar que o envelhecimento da população gera elevação nos gastos com saúde, pois é co-

---

<sup>63</sup> OLSEN, A.C. (2008) p. 225.

<sup>64</sup> A respeito da problemática, ver CAULA, C. (2010), p. 82-84; BARROS, P.P. (2012), p. 35-36; SIMOES, J.; DIAS, A. (2010), p. 91/99 e FIGUEIREDO, M.F. (2007), p. 212-218.

<sup>65</sup> Segundo a Organização Mundial da Saúde, no Brasil, os gastos com saúde em relação ao PIB saltaram de 7,2%, em 2000 para, 8,4% em 2008. Essa mesma realidade foi constatada, durante o mesmo lapso temporal, em muitos outros países, a exemplo dos Estados Unidos, França, Alemanha, Portugal, Reino Unido, Dinamarca, conforme informações disponíveis no site <http://www.who.int/whosis/whostat/2011/en/index.html>. Acesso em 01.07.2012.

num a ocorrência de doenças crônicas nessa faixa etária. Além disso, a queda da taxa de natalidade traz, como decorrência lógica, a redução da população considerada economicamente ativa, a qual é responsável, em grande parte, pela sustentabilidade do sistema público de saúde<sup>66</sup>. Isso porque, a manutenção dos deveres promocionais da saúde, nos chamados Estados Fiscais<sup>67</sup> como o Brasil, é mantida pela generalidade dos contribuintes que pagam os seus impostos provenientes de diversos fatos geradores, como renda, circulação de mercadorias, propriedade territorial urbana, propriedade de veículos, importação, dentre outros.

Contudo, embora a sociedade pague os seus impostos e a carga tributária normalmente exigida nos Estados Sociais, com suporte fiscal, não seja pequena, como se viu em passagem anterior desse trabalho, ainda assim, não há recursos públicos suficientes para se atender, simultaneamente e de forma integral, todas as necessidades e todos os anseios dos indivíduos.

---

<sup>66</sup> Sobre a problemática, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística realizou um levantamento estatístico que indica que, entre 1950 a 1960, a taxa de crescimento da população era de 3,04%. Em 2008, essa taxa caiu para 1,05% e a projeção é que, em 2050, esse índice seja de -0,29%. De outro lado, sobre o envelhecimento da população, o referido Instituto declarou que: “Um exame das estruturas etárias projetadas mostra, também, a transformação nas relações entre pessoas que ingressam (e permanecem) nas idades ativas e aquelas que atingem as chamadas idades potencialmente inativas. Em 2000, para cada pessoa (1) com 65 anos ou mais de idade, aproximadamente 12 estavam na faixa etária chamada de potencialmente ativa (15 a 64 anos). Já em 2050, para cada pessoa (1) com 65 anos ou mais de idade, pouco menos de 3 estarão na faixa etária potencialmente ativa. No tocante às crianças e jovens, existirá cada vez mais pessoas em idade potencialmente ativa “destinadas” a suprir suas necessidades. Essas informações encontram-se disponíveis em [www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_vizualiza.php?id\\_noticia=1272](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_vizualiza.php?id_noticia=1272). Acesso em 15.07.2012.

<sup>67</sup> O autor CASALTA NABAIS, J. (2007) p. 181-183 individualiza as modalidades de Estados de acordo com os seus suportes financeiros, dentre os quais, os Estados Fiscais que têm nos impostos a sua principal fonte financeira, os Estados Socialistas que possuem a sua base financeira nos rendimentos obtidos com as atividades econômicas por eles monopolizadas e os Estados que mantêm a sua economia em razão da grande quantidade de matérias-primas que exploram ou através da concessão de jogos.

Esse, aliás, constitui o ponto nevrálgico do problema aqui enfrentado. Se a ausência de recursos materiais pode comprometer a viabilidade dos direitos fundamentais e, se os recursos não são suficientes para atender todas as necessidades sociais é importante priorizar quais serão os direitos a serem atendidos em detrimento de outros, de acordo com as finalidades consideradas fundamentais pela Constituição<sup>68</sup>.

Diante do exposto, conclui-se que, se as escolhas são necessárias, mais razões existem para que haja, no ordenamento jurídico brasileiro, mecanismos de fiscalização dos chamados *trade-offs* do Estado, a fim de que os objetivos constitucionais fundamentais sejam devidamente respeitados. A atividade de controle constitui uma via da qual não se pode abrir mão, sob pena dos valores atinentes à dignidade da pessoa humana, tão almejados pelo legislador constituinte, transformaram-se em um mero conjunto de promessas de cunho ideológico, desprovido de eficácia social.

E foi para auxiliar a população no exercício desse papel essencial à sobrevivência da própria democracia que a Constituição Federal previu, expressamente, a atuação do Poder Judiciário. A questão, no entanto, revela-se extremamente controversa, quando se discute como compatibilizar essa intervenção jurisdicional com a discricionariedade dos demais poderes constituídos.

#### 4. O CONTROVERSO DILEMA: CONTROLE X DISCRICIONARIEDADE

Quando se afirma que a jurisdição constitucional possui legitimidade democrática para controlar os demais poderes estatais, o primeiro ponto que necessita de esclarecimento é o seguinte: De fato, a legitimidade existe, mas para o exercício de uma atividade de controle e não de avaliação de mérito.

---

<sup>68</sup> BARCELLOS, A.P. (2011), p. 241-248.

Controle e avaliação não são funções sinônimas. Afinal, não se está pregando a substituição das escolhas dos Poderes Públicos pela do Judiciário, mas tão somente uma análise de constitucionalidade sobre elas.

A Carta Magna, em diversas oportunidades<sup>69</sup>, assegurou aos Poderes Legislativo e Executivo a possibilidade de atuarem de forma discricionária, ou seja, atribuiu-lhes certa margem de liberdade para escolherem uma, dentre as opções possíveis, no momento da concretização do direito fundamental à saúde<sup>70</sup>.

E assim procedeu para promover o regular funcionamento da máquina pública. A necessidade de se atender a múltiplas situações, com inúmeras peculiaridades faz com que os poderes eleitos necessitem de uma maior flexibilidade no momento de realizarem as suas ações. Ademais, as atividades prestacionais dependem de disponibilidades financeiras e variam de acordo com a conjuntura econômica, de modo que a constante mutabilidade desses fatores também justifica a existência de liberdade de ação do legislador e do administrador.

Para José Reinaldo de Lima Lopes, a Constituição concedeu aos representantes eleitos o poder de fazerem escolhas entre meios e fins e de elegerem prioridades diante das inúmeras necessidades. Aos Juízes, por outro lado, não competem julgamentos de conveniência e oportunidade, sendo-lhes vedada realizar escolhas “onde o critério legal deixou em aberto a avaliação<sup>71</sup>”.

Contudo, se por um lado pode-se concluir que a discricionariedade precisa existir e deve ser respeitada, de outro, pode-se afirmar que não se trata de uma liberdade absoluta, tampouco isenta ao controle judicial. Ter liberdade de escolher o me-

---

<sup>69</sup> Segundo estudo formulado por COUTO, C.G.; ARANTES, R.B. (2006), p.41-62 dos 1627 dispositivos constitucionais 30,5% são classificados como *policies*, ou seja, de cunho discricionário. O capítulo da Ordem Social, por exemplo, que engloba o direito à saúde possui 60% dos seus enunciados com essa natureza.

<sup>70</sup> MELLO, C.A.B. (2010), p. 43-75.

<sup>71</sup> LOPES, J.R.L. (2008), p. 165.

lhor caminho não quer dizer liberdade para não se fazer escolha alguma, quando presentes as condições fáticas e jurídicas para tanto, tampouco autonomia para escolher de forma evidentemente ilegítima, inidônea e ineficiente. Ao escolher o meio a ser seguido, o Estado deve fazê-lo de forma razoável e motivada, respeitando as finalidades já previstas na Constituição, bem como os princípios constitucionais que norteiam a sua conduta administrativa, quais sejam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Isto porque os comportamentos dos gestores públicos devem pautar-se pelos mandamentos constitucionais pré-definidos pelo Poder Originário. A liberdade do Poder Executivo é freada pela Constituição. É ela quem, em última análise, governa em um Estado Democrático de Direito<sup>72</sup>.

Permitir que a discricionariedade prevaleça irrestritamente corresponde, *mutatis mutandis*, à emissão de um cheque assinado em branco, em que os representantes eleitos podem escolher fazer ou não fazer qualquer coisa. E isso pode gerar situações abusivas, em que interesses pessoais prevaleçam sobre o interesse público ou que direitos considerados fundamentais pela Assembleia Constituinte sejam substituídos por outros de menor relevo. Em 2008, por exemplo, constatou-se que, do total das despesas públicas feitas pelo governo brasileiro, somente 6% delas referiam-se ao setor da saúde<sup>73</sup>. Em razão desse baixo índice de investimentos, comparando-o com a média mundial, qualquer alegação em torno da discricionariedade administrativa e/ou de indisponibilidade, real ou ficta, de recursos depende, primordialmente, da justificação que o Estado apresentar em relação às demais prioridades por ele selecionadas, financiadas com os 94% restantes do orçamento público.

Para prevenir a ocorrência de arbitrariedades e para verificar se o agir administrativo encontra-se atrelado aos objetivos

---

<sup>72</sup> Cf. SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. (2008), p. 34.

<sup>73</sup> Cf. capítulo I, item 3.

constitucionais, é que o controle jurisdicional se evidencia indispensável, no Brasil. Mas não se deve esquecer: Trata-se de controle de constitucionalidade e não de avaliação de mérito sobre as escolhas políticas.

É evidente que, no campo prático, definir quando ocorre uma omissão inconstitucional não constitui tarefa fácil. Nos deveres de abstenção do Estado, a constatação de violação ao direito fundamental é observada mais claramente no momento em que o Poder Público age ao invés de abster-se. Nos deveres promocionais, por sua vez, o processo de identificação da violação aos direitos fundamentais é bem mais problemático. Sempre há possibilidade de se fazer mais e melhor, de modo que o Poder Público encontra-se em um permanente estado de omissão. Trata-se de uma afetação inerente aos direitos dessa natureza<sup>74</sup>.

E, embora existam casos em que os mandamentos constitucionais são precisos em relação aos deveres imputados aos poderes constituídos, em geral, o Poder Originário não vinculou todos os comandos a serem seguidos, sendo que, nesses casos, a avaliação da omissão resta ainda mais dificultada. Deve-se ressaltar, no entanto, que dificuldades em detectar as omissões administrativas não podem impedir, de plano, as suas apreciações pelo Poder Judiciário. Para Dirley da Cunha Junior<sup>75</sup>, ao apreciá-las o Judiciário deve considerar o fator tempo, a fim de que, de forma racional e motivada, avalie se houve ou não fluência de prazo razoável para a promoção de uma medida faltante, tendo em vista a sua indispensabilidade, na situação específica examinada.

---

<sup>74</sup> NOVAIS, J.R. (2010), p. 294-297. É importante frisar que, para o autor, a dificuldade de se aferir o momento em que o Estado encontra-se em omissão constitucional não é impeditiva para que se faça o seu controle de constitucionalidade. Ele pondera, apenas, que essa fiscalização seja feita sob uma ótica diversa da empregada aos direitos negativos. O que estaria sujeito ao controle de constitucionalidade, nesses casos, é um determinado nível da omissão, a partir da qual haveria ou não inconstitucionalidade. Opinião, aliás, com a qual concordamos.

<sup>75</sup> CUNHA JR., D. (2008), p. 126.

Somente ao analisar os casos concretos, é que o Juiz terá condições de, com mais ou menos precisão, verificar se a alegada inércia governamental, de fato, é injustificável e se ocorreu abaixo de um nível constitucionalmente tolerável.

Mas como controlar sem que haja a interferência indevida de um poder sobre o outro? Dispõem o Judiciário de capacitação técnica para analisar questões relacionadas aos custos dos direitos, as quais, não raras vezes, exigem uma avaliação macro da realidade econômica?

Vejamus um exemplo comum da jurisprudência brasileira: Um indivíduo, necessitando de um leito em uma UTI hospitalar, procura os hospitais públicos da cidade e não consegue vaga. Irresignado, o particular ajuíza uma ação judicial exigindo o fornecimento desse serviço de saúde. Ao intervir, o Poder Judiciário determina a internação do paciente em um hospital particular, às expensas do Estado, até que uma vaga seja disponibilizada em um estabelecimento hospitalar público. Em assim procedendo, o Poder Judiciário profere uma decisão aditiva, uma vez que determina a prestação de um serviço público que acarreta aumento das despesas do Poder Público, obrigando-o a contemplar um direito não disposto, inicialmente, no orçamento<sup>76</sup>.

Parte da doutrina entende que essa espécie de intervenção judicial é perigosa, uma vez que não leva em consideração a problemática em torno da reserva do possível e da discricionariedade dos demais poderes.

Os principais argumentos sustentados pelos adeptos dessa linha de entendimento são que as decisões aditivas, principalmente quando proferidas em demandas individuais, geram graves consequências, pois não costumam avaliar, sob uma perspectiva ampla, as políticas públicas que visam realizar, beneficiando o demandante em detrimento de toda a sociedade. Isso transforma o Poder Judiciário em ordenador de despesas

---

<sup>76</sup> SCAFF, F.F. (2008), p. 133.

públicas e, por conseguinte, em legislador positivo.

Os conflitos dessa natureza constituem verdadeiros desacordos policêntricos, em que uma interferência individual, dissociada do todo, principalmente em áreas multidisciplinares em que a autoridade judicial não tem conhecimento técnico, comprometem o planejamento gerencial e desconsideram o custo dos direitos. Desse modo, ao criarem despesas inesperadas ao Poder Público, o Judiciário provoca insegurança jurídica e ineficiência administrativa, além de violar a igualdade entre indivíduos que estejam em situações similares, mas que não acionaram a Justiça. Por fim, argumentam que esse ativismo judicial descredibiliza a própria jurisdição constitucional nos casos em que o ente público descumpra as suas decisões e o Judiciário não dispõe de meios institucionais adequados para as suas implementações<sup>77</sup>.

Nesse diapasão, concluem que a concretização dos direitos fundamentais prestacionais depende, em regra, de uma análise de conveniência e oportunidade desenvolvida pelos poderes eleitos democraticamente. Ao Judiciário, por sua vez, compete adotar uma postura restritiva, através de uma decisão de-

---

<sup>77</sup>Nesse sentido, o autor LOPES, J.R.L. (2009), p. 164-180, apresenta o interessante precedente *Wyatt v. Stickney*. Tratava-se de uma ação proposta na década de 70, do século passado, no estado do Alabama-EUA, em que um Juiz Federal determinou que o Poder Público promovesse inúmeras modificações em hospitais psiquiátricos, com o objetivo de adequá-los a padrões de higiene e segurança, sob pena de intervenção federal. Dentre as medidas determinadas pelo Juiz destacava-se o aumento do número de médicos e a realização de melhorias estruturais. O problema dessa decisão, segundo o autor, decorre da dificuldade do Juiz Federal analisar a questão de forma ampla e de conseguir implementá-la, na prática. Segundo ele, estudos técnicos posteriores demonstraram que o aumento da quantidade de médicos mostrava-se inviável, uma vez que para atender às exigências do Magistrado, o Governo do Alabama precisaria deslocar esses profissionais de outros segmentos da saúde, inclusive de áreas pobres do interior do estado. E, a reestruturação dos estabelecimentos psiquiátricos, tal como determinado pelo Juiz Federal, exigiria um aumento considerável das verbas orçamentais destinadas aos hospitais dessa natureza, sendo que o Poder Judiciário não dispõe de competência para propor emendas ao orçamento, tampouco para instituir impostos capazes de subsidiar a sua decisão.



claratória de inconstitucionalidade da lei ou do ato em exame, mas sem impor uma solução concreta, imediatamente exigível<sup>78</sup>.

De outro lado, os defensores de uma postura mais ativista, ponderam que as atuações do Judiciário são benéficas, produzindo externalidades positivas que justificam as negativas. Em seus entendimentos, essas decisões têm o mérito de chamar a atenção dos demais poderes para deficiências ainda não enfrentadas, favorecendo a criação ou a reformulação dos programas de governo em consonância às necessidades da população, as quais estão refletidas no bojo das sentenças judiciais<sup>79</sup>.

Sobre a incapacidade técnica dos juízes de avaliarem questões econômico-financeiras atreladas à reserva do possível e à escassez recursal, entendem que as dificuldades nesta seara, de fato, existem, mas que tais adversidades não podem servir de justificativa para a adoção de uma postura de auto-restrição. É justamente para resolver problemas dessa natureza, que os códigos processuais permitem que as autoridades judiciais sejam auxiliadas por profissionais devidamente habilitados, nomeados no feito na qualidade de peritos.

Por fim, ressaltam que os direitos sociais encontram-se consagrados na Constituição e que eventuais inconvenientes políticos e financeiros decorrentes dessa previsão expressa não podem retirar, por completo, a sua força normativa, devendo ser respeitados por todos os poderes da República.

Sopesando-se os argumentos e os contra-argumentos en-

---

<sup>78</sup> Nesse sentido, GARGARELLA, R. (2008), p. 219 e ALEXANDRINO, J.M. (2010), p. 162-169.

<sup>79</sup> Como exemplos, a doutrina costuma citar os reiterados acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal que determinaram o fornecimento de tratamentos, não disponibilizados pela rede pública, à época, aos pacientes portadores de HIV, no início da década de 90 do século passado, os quais serviram de estímulo para que o Legislativo Federal editasse a Lei nº 9.313/96, que regulamentou a matéria. Da mesma forma, são citadas as decisões da Suprema Corte Americana que serviram de impulso para a criação de políticas públicas que, ainda que progressivamente, extirpassem a segregação racial na América.

tendemos que ao constatar a omissão inconstitucional, deve a autoridade judicial, em regra, comunicar os demais poderes, para que esses, de acordo com o seu juízo de conveniência e oportunidade, escolham como saná-la. No entanto, excepcionalmente, a Justiça Constitucional pode intervir concretamente na solução do problema, quando, por exemplo, a urgência do caso assim exigir, quando somente houve um único meio para a sua resolução ou, ainda, nos casos em que o Poder Público não supra a omissão declarada inconstitucional, em tempo razoável e sem motivo justificável.

No plano ideal, a decisão declaratória de inconstitucionalidade por omissão deveria ser suficiente para que os demais poderes cumprissem com os seus deveres prestacionais. Nesses casos, os direitos fundamentais positivos estariam resguardados e se atingiria um estado ótimo do sistema de freios e contrapesos inerente ao Estado de Direito. O problema é que, na prática, isso não acontece sempre assim. E se, ao invés de sanar a omissão, houvesse o descumprimento da determinação judicial, persistindo a violação inconstitucional? Nesses casos, a intervenção jurisdicional seria de pouca ou nenhuma valia, pois se mostraria absolutamente insuficiente à preservação dos dispositivos constitucionais de natureza essencial, produzindo efeitos nefastos perante a sociedade, capazes de comprometer a própria legitimidade do Judiciário.

Defender a possibilidade de intervenção da Justiça Constitucional, em que a cláusula da reserva do possível e a discricionariedade administrativa não sejam recepcionadas como óbices intransponíveis almeja impedir a procrastinação indefinida dos direitos fundamentais e os seus consequentes esvaziamentos<sup>80</sup>.

É claro que temos a convicção de que esse entendimento poderá ter como resultado a produção de decisões com efeitos aditivos. A questão é que nem toda decisão aditiva deve ser

---

<sup>80</sup> SGARBOSSA, L. F. (2010), p. 346-347.

imediatamente rechaçada, ainda que impacte nas reservas financeiras do Estado. Mas isso não pode ser decidido, no plano abstrato e de forma absoluta, nos termos do tudo ou nada. Ao contrário. Dependerá de uma análise concreta, seguindo parâmetros objetivos de ponderação.

O próximo capítulo tem justamente o propósito de aclarar essa questão, sistematizando alguns critérios que podem contribuir para a uniformização da atuação do Judiciário nas ações judiciais que discutem a constitucionalidade das omissões estatais no fornecimento de ações e de serviços de saúde.

## CAPÍTULO IV. QUANDO E COMO DEVE A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL AGIR?

### 1. A IMPORTÂNCIA DE SE IDENTIFICAR A DENSIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS NO MOMENTO DA INTERVENÇÃO JURISDICIONAL

No sistema de freios e contrapesos estabelecido pela Constituição, a intervenção judicial, não raras vezes, provoca conflitos que trazem à tona a problemática em torno da separação dos poderes e da reserva do possível.

Pensemos no caso em que se pleiteia a disponibilidade de medicamento de caráter experimental e de alto custo, ainda não liberado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, portanto, não disponível nas listas de medicamentos governamentais. Ao determinar que o Estado forneça um remédio dessa natureza a um determinado indivíduo, o Juiz certamente produzirá, com a sua decisão, impactos financeiros, não previstos, no Sistema Único de Saúde<sup>81</sup>. Nesse caso, discute-se se o Poder

---

<sup>81</sup> Segundo o Jornal Valor Econômico, no estado do Rio Grande do Sul os gastos públicos para fins de cumprimento de ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos e serviços de saúde passaram de R\$ 5 milhões de reais em 2005 para R\$ 13 milhões de reais em 2006, comprometendo 25% do orçamento total da Secretaria Estadual de Saúde. *Apud* SCAFF, F.F. (2008) p. 148.

Judiciário deve intervir positivamente, no sentido de obrigar a Administração a entregar a medicação. Em outras palavras, estaria ele, tão somente, suprimindo uma omissão administrativa e cumprindo a Constituição ou, ao contrário, estaria exorbitando da sua competência? Até onde pode o Magistrado movimentar-se nesse jogo, sem que viole a discricionariedade dos representantes eleitos e, ao mesmo tempo, resguarde os dispositivos constitucionais fundamentais? Como impedir a absoluta judicialização da política?

Para a obtenção do equilíbrio entre esses dois mundos inerentemente relacionados - o político e o jurídico - é que se faz necessária a definição de critérios os mais objetivos possíveis, capazes de nortear a atuação jurisdicional.

Ao tratar do tema, a consideração, logo de início, que deve ser feita refere-se à densidade das normas constitucionais. Essa distinção mostra-se essencial para a compreensão das suas repercussões no campo da eficácia dos direitos fundamentais<sup>82</sup>.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>83</sup>, a liberdade de conformação do Legislador na seleção do conteúdo das normas constitucionais será inversamente proporcional à densidade dos preceitos envolvidos. Significa dizer que quanto mais indeterminados forem os seus dispositivos constitucionais, maior será a autonomia dos poderes Legislativo e Executivo para preencherem as lacunas e ambiguidades dos seus âmbitos normativos.

De fato, em relação a alguns direitos, o legislador constituinte definiu normas consideradas de alta densidade, uma vez que, em seus conteúdos, verificam-se, claramente, os fins a serem alcançados pelo Estado e os meios pelos quais tais finalidades serão obtidas<sup>84</sup>. Observa-se, por sua vez, que a maioria

---

<sup>82</sup> NOVAIS, J.R. (2010), p. 171-173.

<sup>83</sup> MENDES, G. F.; GONET BRANCO P.G. (2011), p. 78.

<sup>84</sup> Para MORAIS, C.B. (2011), p. 522, é a “definição do objecto e modo de exercício do direito, através da lei, que atribui a um direito social soldado a uma pretensão jurídica objectiva, a natureza efectiva de direito subjectivo”. Ao analisar a

das normas de direitos fundamentais não possui o seu conteúdo determinado com tamanha precisão, sendo assegurada aos poderes eleitos uma atuação com maior liberdade criativa para escolherem as políticas prioritárias, os recursos para os seus custeios, os beneficiários e o prazo para as suas realizações.

Somente a partir dessas premissas, entendemos ser possível delimitar, com maior precisão, os parâmetros das intervenções do Judiciário no âmbito da concretização dos direitos prestacionais. Para fins meramente metodológicos, as diferenças acima podem ser sinteticamente esquematizadas através da seguinte divisão:

- a) Direitos em relação aos quais os meios de implementação estão taxativamente delimitados na Constituição Federal;
- b) Direitos cujos meios necessários à implementação não se encontram enunciados no texto constitucional, mas que foram definidos posteriormente pelos poderes constituídos;
- c) Direitos que, embora constem no rol dos direitos fundamentais, não tiveram os comandos normativos necessários à sua implementação desenvolvidos pelo legislador constituinte, tampouco pelo legislador infraconstitucional.

Nos casos em que a obrigação governamental está definida com objetividade, seja no texto constitucional, seja através dos expedientes normativos infraconstitucionais, as alegações em torno da reserva do possível serão aceitas, apenas, excepcionalmente. Em regra, ao deparar-se com omissões estatais que envolvam deveres previamente definidos no ordenamento, deve a autoridade judicial proferir uma decisão de natureza mandamental, determinando os seus cumprimentos.

Em contrapartida, nas hipóteses em que as obrigações dos demais poderes constituídos não estejam pré-definidas, como no exemplo relativo ao fornecimento de medicamentos experimentais, a intervenção judicial revela-se mais complexa,

---

Constituição Federal Brasileira, o autor aponta como exemplo de direito social de aplicação imediata a garantia do décimo terceiro salário.

devido a avaliação em torno da reserva do possível ser feita criteriosamente, para que não haja violação do princípio da separação dos poderes. A depender dos conteúdos dessas decisões, pode-se estar diante de um verdadeiro ativismo judicial<sup>85</sup>, o qual, em razão dos graves efeitos produzidos no planejamento governamental, não pode ser exercido de forma voluntariosa, tampouco desprovida de critérios racionais e objetivos. Os parâmetros para essa atuação serão analisados a seguir.

## 2. SUGESTÕES PARA A SISTEMATIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS PELA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO CONTROLE DAS OMISSÕES ESTATAIS

Em situações em que os deveres estatais não se encontram devidamente delimitados, as alegações do Poder Público, no feito, serão essenciais, cabendo a ele o ônus de demonstrar se as dificuldades suscitadas existem realmente e se são relevantes a ponto de impedi-lo de atender ao pleito *in concreto*.

É claro que seria impossível prever todas as hipóteses de defesas possíveis, até porque o direito não é uma ciência exata. Contudo, podem-se extrair das alegações governamentais mais utilizadas na jurisprudência nacional parâmetros para a atuação jurisdicional. Senão vejamos.

Ao se defender, o Poder Público pode confirmar que não está disponibilizando o serviço de saúde requerido judicialmente, mas oferecer opções que satisfaçam eficazmente a pretensão do autor. Isso se verifica, frequentemente, nos casos de fornecimento de medicamentos na área da saúde, em que o Poder Público informa que possui na sua listagem de medicamentos

---

<sup>85</sup> Segundo LEAL, R. G. (2011), p. 01-22 ativismo judicial corresponde a intervenção do Poder Judiciário em matérias não disciplinadas pelos demais poderes estatais, definindo e determinando a execução de ações, de serviços e de políticas públicas não previstos, expressamente, na Constituição, tampouco nos textos infraconstitucionais, produzindo, assim, impactos no erário público, através de um processo criativo de interpretação constitucional.

um remédio de marca diversa do pretendido, mas com princípio ativo idêntico. Nesses casos, deve a opção estatal apresentada ser respeitada pelo Judiciário, salvo se comprovada que a alternativa disponibilizada não atende eficazmente ao demandante.

De igual forma, o Poder Público pode dizer que não está prestando o serviço de saúde pleiteado, tampouco dispõe de tratamentos alternativos, mas informar que pretende atender ao pedido dentro de um prazo razoável. Nesses casos, se a urgência do pedido for compatível com o prazo sugerido, deve prevalecer a justificativa apresentada pelo ente estatal.

Contudo, as alegações mais suscitadas pelo Estado são no sentido de que a prestação requerida não pode ser cumprida em razão do argumento em torno da reserva do possível. Nesses casos, o Judiciário precisa observar a modalidade de escassez exposta pelo Poder Público, para definir os limites da sua intervenção.

Há situações em que o Executivo informa que não atenderá ao pedido formulado na inicial, haja vista que a interpretação que o autor da ação confere ao seu direito extrapola aos limites do razoável. Essa discussão é desenvolvida, com frequência, nos casos em que se busca o fornecimento de um remédio cuja eficácia terapêutica é experimental, não tendo sido comprovada cientificamente. A Administração sustenta que, ceder a pleitos dessa natureza acarreta impactos aos cofres públicos, porém, mais do que isso, obriga o Estado a promover prestações claramente inadequadas e desproporcionais, cujos benefícios a serem usufruídos pelo acionante são incertos se comparados aos reais prejuízos causados à coletividade, usuária dos serviços públicos. Verificada a desrazoabilidade do pedido, deve o Judiciário indeferi-lo, contanto que o paciente tenha acesso a algum tipo de assistência à saúde, ainda que não se trate do tratamento por ele pleiteado<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> Interessante questionamento pode ser suscitado nos casos em que os serviços de

Pode, também, o Poder Público alegar que não atenderá ao pedido por escassez ou insuficiência real do bem pretendido, tal como ocorre quando se requer judicialmente a realização de um transplante, mas o órgão a ser transplantado não se encontra disponível. Constatando-se que a indisponibilidade do bem não foi gerada por responsabilidade direta do Estado, deve a justificativa estatal prevalecer e o pleito ser indeferido.

Nas situações acima, o cerne da discussão, embora ativamente a algumas das dimensões da cláusula da reserva do possível, não é propriamente relacionada à possibilidade financeira. Na prática, quando a Administração suscita a cláusula da reserva do possível, costuma fazê-lo sob o seu viés econômico, justificando o não atendimento do pedido por indisponibilidade jurídica de recursos, tal como ocorre quando inexistente previsão específica orçamentária para a realização da despesa pleiteada.

Nesses casos, a aceitação da justificativa do Poder Público vai depender do sopesamento dos argumentos e contra-

---

saúde disponibilizados pela rede pública não são aceitos por um grupo minoritário da sociedade, por motivos religiosos ou ideológicos, o qual decide pleitear, judicialmente, o fornecimento de tratamento alternativo, de acordo com as suas convicções, ainda que se trate de pedido considerado pela maioria da população como desrazoável. O dilema apresentado à Justiça Constitucional é decidir qual interesse deve prevalecer: os interesses da minoria ou a vontade geral, representada pela política pública disponibilizada pelo Estado. O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre o tema. No entanto, em nosso entendimento, a resposta dependerá das circunstâncias do caso concreto, devendo-se verificar, por exemplo, se o tratamento pleiteado possui eficácia comprovada cientificamente, a repercussão financeira aos cofres públicos em decorrência do seu fornecimento, a intensidade do perigo de lesão aos direitos fundamentais dos acionantes, se o motivo religioso ou ideológico apontado possui nexo de causalidade com o quanto pleiteado, dentre outras condicionantes. E isso porque nem todo interesse minoritário merece prosperar. A liberdade de escolha no tratamento pelo paciente não é absoluta e deve ser avaliada em conformidade a outras circunstâncias. Sobre o tema, tem-se manifestação da Corte Constitucional italiana que assim se posicionou: “a pretensão segundo a qual o Estado deveria ser obrigado a fornecer gratuitamente outras prestações médicas cuja eficácia é hipotética não seria razoável. Não se pode fazer repercutir sobre o serviço sanitário nacional as consequências das livres escolhas individuais concernentes ao tratamento médico preferido”, conforme MATHIEU (1998), *apud* FIGUEIREDO, M.F. (2007), p. 141.



argumentos apresentados no feito, sendo necessário que a autoridade judicial observe se há total inexistência de políticas públicas capazes de assegurar o direito fundamental em exame ou se o Estado o está concretizando através de outras frentes de trabalho, idôneas e eficientes, eleitas como prioritárias, que beneficiam inúmeras pessoas, ainda que não o próprio autor.

De igual sorte, o Judiciário deve ponderar os impactos financeiros decorrentes dessas decisões no funcionamento geral do sistema de saúde, o qual atende milhares de pessoas, principalmente as de baixa renda, que não têm as mesmas condições de acessibilidade aos órgãos jurisdicionais que possuem os membros das classes média e alta brasileiras. Não se pode olvidar que, mesmo que, a princípio, o orçamento global não seja abalado com uma decisão, inúmeras determinações nesse mesmo sentido podem acarretar um “efeito cascata”, capaz de comprometer o cronograma de despesas do Estado e de prejudicar a efetivação de políticas públicas prioritariamente escolhidas por quem tem competência, de fato, para fazê-lo.

De outro lado, ainda que relevantes todas as considerações sustentadas pelo Poder Público, deve-se avaliar se a omissão imputada ao Poder Público encontra-se abaixo de um nível constitucionalmente tolerável. Nessa conformidade, deve-se verificar, sob a perspectiva do postulante e não mais do ente estatal, se o pedido formulado não é apenas significativo como essencial à sua dignidade, buscando atender a um mínimo protegido constitucionalmente, de modo que sem aquela prestação o indivíduo não poderia ser considerado como um sujeito de direitos na comunidade em que está inserido, vivendo em uma situação pessoal intolerável aos padrões razoavelmente definidos em qualquer Estado de Direito<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> NOVAIS, J.R. (2010) p. 309-310. Segundo o autor, todos os poderes do Estado encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que constitui o princípio supremo em que assenta toda a estrutura do Estado Constitucional de Direito, de modo que o mínimo social não “fica dependente de razões de separação dos poderes”.

É claro que identificar quando a omissão ultrapassa um patamar mínimo considerado como constitucionalmente inaceitável, não constitui uma tarefa fácil. Para tanto, o princípio da proibição do déficit<sup>88</sup> revela-se uma ferramenta essencial.

No âmbito desse postulado, a doutrina apresenta alguns critérios objetivos que podem ser utilizados pelo intérprete ao avaliar quando o Estado se encontra abaixo do “limiar da insuficiência<sup>89</sup>”, conferindo maior previsibilidade aos resultados decorrentes dos seus juízos ponderativos e, por via de consequência, maior segurança e estabilidade à ordem jurídica. Dentre eles, destacam-se a existência de ameaças relevantes, atuais ou iminentes, ao direito fundamental do cidadão; a urgência do pleito; a intensidade do perigo de vida em caso de indeferimento do pedido; grau de certeza quanto à eficiência da medida pleiteada; a natureza e a hierarquia do bem jurídico em risco; a hipossuficiência do titular do direito fundamental e as condições para a sua autodefesa na situação do perigo, ou seja, a possibilidade do indivíduo acessar os bens que almeja judicialmente de forma particular.

A partir da aplicação dos critérios indicados e uma vez constatado que o Estado não realizou o mínimo, privando o cidadão de condições essenciais à sua sobrevivência, submetendo-o a uma situação emergencial de absoluta desrazoabilidade, deve o Juiz impor à Administração a obrigação de realizar uma prestação, ainda que não a pretendida pela parte auto-

---

<sup>88</sup> Embora muitos autores considerem o princípio da proibição do déficit como o reverso do princípio da proporcionalidade adotamos o entendimento sustentado por NOVAIS, J.R. (2010), p. 307, de que se trata de um instrumento metodológico autônomo, próprio para aferir a afetação provocada a um direito fundamental prestacional à saúde por inação ou atuação estatal insuficiente. É válido ressaltar que esse postulado foi invocado, pela primeira vez, no Tribunal Constitucional Alemão, na decisão BVerfGE 88, 203, oportunidade em que a Corte Constitucional germânica entendeu que a proteção ao direito à vida não nascida é de atribuição do Legislador, mas não pode ficar aquém de um mínimo de proteção obrigatório.

<sup>89</sup> SAMPAIO, J.S. (2012), p. 202. Sobre o tema, ver também CANOTILHO J.J.G.(2000), p. 273; NOVAIS, J.R. (2010), p. 236 e 307/311; CANARIS, C.W. (2003), p. 108/111.

ra, a fim de cessar tal situação degradante<sup>90</sup>, de modo que o pleito prospere sobre quaisquer repercussões negativas que possam acarretar no planejamento governamental.

Mas, frise-se que, nesses casos, a fundamentação empregada para a delimitação desse mínimo é de extrema importância e deve ser feita, objetivamente, segundo critérios pré-estabelecidos, que considerem todas as sutilezas do caso concreto, a fim de evitar decisões meramente casuísticas por parte do julgador<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> O autor ALEXY, R. (2008), p. 355, ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana, não nega a indeterminação do seu conteúdo, tampouco do próprio conceito de dignidade humana. Por sua vez, entende que a sua definição pode ser delineada não apenas pela “fórmula do objeto”, mas também através de condições concretas que devem ser asseguradas ao indivíduo, a fim de impedir que o mesmo seja “humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito”.

<sup>91</sup> Nos casos envolvendo obrigações estatais não regulamentadas no ordenamento constitucional e infraconstitucional a delimitação do mínimo depende, em nosso entendimento, de uma análise contextualizada. Significa dizer que o mínimo não pode ser fixado de forma rígida e imutável pelo intérprete, dependendo das circunstâncias do caso concreto. Contudo, acreditamos que a jurisprudência pode desempenhar um papel fundamental nesse processo, fixando critérios objetivos, *standards* a serem considerados pelo intérprete, com o objetivo de reduzir a discricionariedade judicial nos juízos ponderativos. As categorizações presuntivas de certas situações consideradas essenciais à dignidade do ser humano, desde que concebidas de forma relativa e não absoluta, tem a vantagem de conferir maior previsibilidade aos procedimentos de ponderação, gerando estabilidade e igualdade de tratamento às relações jurídicas. Sobre o tema, merecem destaques os estudos realizados por MILANEZ, D. (2004) p. 210-215 e ARANGO R.; LAMAITRE, J. (2002), p. 20-38, com o propósito de analisar os entendimentos dos Tribunais Constitucionais da Índia e da Colômbia, respectivamente. Na Índia, a autora aponta que a Corte Constitucional considera como serviços mínimos garantidores do direito à vida e à saúde as prestações relacionadas a “alimentação básica, água, ambiente decente, educação, assistência médica e abrigo”. Por sua vez, na Colômbia, os autores afirmam que tratamentos contra o vírus HIV, programas de vacinação e atendimentos emergenciais necessários à manutenção da integridade física do paciente são consideradas ações que buscam ao atendimento do mínimo vital, segundo o Tribunal Constitucional daquele país. No Brasil, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído com o objetivo de fixar *standards* da atuação insuficiente do Estado, como se verá no item a seguir. Merece destaque na doutrina nacional os apontamentos feitos por BARCELLOS, A.P. (2011), p. 322-323, que entende que os serviços de atenção básica de saúde, dentre os quais o combate à tuberculose, diabete, hanseníase, desnutrição, combate às endemias e pré-

### 3. A LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À SAÚDE, NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

E qual é o papel que vem sendo desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no momento em que é chamado para analisar as omissões estatais no setor da saúde?

Dos julgados analisados<sup>92</sup>, não se verificaram debates em torno da qualidade e da eficiência dos serviços de saúde oferecidos pelo Estado. Em sua maioria, as ações judiciais buscam compelir o Poder Público a fornecer medicamentos e tratamentos de saúde.

Até meados do ano de 2007, o direito à saúde era tratado pela Corte Constitucional como um direito fundamental subjetivo invocável pelo cidadão contra o Estado, os quais deveriam ser atendidos, ainda que minimamente, pelo Poder Público. Contudo, a crítica que se faz é que, no bojo dessas decisões, não se identificavam os critérios utilizados para a delimitação dessas atividades mínimas imediatamente exigíveis, tampouco se efetuava a distinção entre o grau de densidade das normas

---

natal, constituem ações essenciais de saúde que não podem ser descumpridas pelo Poder Público, sob pena de intervenção jurisdicional imediata e concreta. Para GELIS FILHO (2001), p. 65/67, os cuidados primários de saúde estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde também podem ser empregados como parâmetros para a identificação dessas atividades mínimas imediatamente exigíveis do Estado. Dentre esses cuidados básicos previstos, o autor identifica uma prevalência das medidas preventivas sobre as curativas, dentre os quais as prestações de suprimento de água e de saneamento básico, planejamento familiar, imunização contra as principais doenças infecciosas, nutrição, prevenção e controle de doenças endêmicas.

<sup>92</sup>Pet. 1246-1, RE 271.286, RE 342.413, RE 393.175, RE 242.859, RE 267.612, RE 195.192, RE 256.327, RE 268.479, RE 255.627, RE 259.508, RE 226.835, RE 198.265, RE 273.834, RE 232.335, STA 92, ADPF 45, STA 175, STA 178, STA 181, STA 185, STA 223, STA 238, STA 268, STA 277, SS 3231, SS 3158, SS 3183, SS 3073, SS 3205, SS 3263, SS 3231, SS 3429 e SS 3452. O fornecimento de medicamentos de alto custo foi, inclusive, declarada matéria de repercussão geral no bojo do RE 566.471-6, de relatoria do Min. Marco Aurélio, em 24.10.2007.

invocáveis<sup>93</sup>. As discussões a respeito dos custos dos direitos e da reserva do possível também eram tratadas de maneira pouco detalhada, através de uma solução interpretativa de prevalência abstrata de valores previamente considerados, alheios às especificidades do caso concreto. Nessa “ponderação de interesses”, de um lado, se vislumbravam o direito à vida e o direito à saúde do indivíduo e, do outro, interesses secundários do Estado, de natureza orçamentária, prevalecendo, na maioria dos casos, os primeiros em relação ao último<sup>94</sup>.

Nos últimos cinco anos, entretanto, verifica-se uma maior preocupação por parte dos Ministros em estabelecer parâmetros cada vez mais uniformes para o enfrentamento das demandas relacionadas ao tema. A preocupação em torno da judicialização do direito à saúde, inclusive, fez com que, no ano de 2009, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, convocasse uma audiência pública com o objetivo de discutir o funcionamento do Sistema Único de Saúde e as dificuldades práticas vivenciadas no fornecimento desse serviço público no País. Entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 os Ministros ouviram cerca de cinquenta especialistas na área, dentre médicos, técnicos de

---

<sup>93</sup> Destacam-se os RE 271.286, ADPF 45, Pet. 1246-1, RE 259.508, RE 232.335, RE 393.175, RE 226.835 e RE 195.192

<sup>94</sup> Essa ponderação meramente dualista passou a ser desenvolvida a partir do caso “Duchene”, em 1997. Tratava-se de indivíduo portador de síndrome de distrofia muscular de Duchene, que estava postulando um tratamento experimental, nos Estados Unidos, no importe de US\$ 63.000,00. Em razão do estado de Santa Catarina ter negado o fornecimento do tratamento pleiteado, o cidadão recorreu à Justiça, tendo o caso chegado ao Supremo Tribunal Federal. No seu voto, o Min. Relator Celso de Mello analisa a questão em torno da reserva do possível da seguinte maneira: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida”. (Pet. 1246-1/97). Essa passagem, aliás, é citada em inúmeras decisões da Corte Constitucional, tais como nos RE 271.286, RE 198.265, AgRg no RE 273.834 e no RE 393.175.

saúde, gestores e usuários do sistema, além de advogados, professores, promotores de justiça, defensores e juízes.

A partir disso, a sustentabilidade do sistema único de saúde e a racionalidade dos recursos públicos para o atendimento do maior número de pessoas possível passaram a ser preocupações recorrentes em seus votos. De igual forma, as consequências econômicas das decisões começaram a ser tratadas como contingências da realidade que não podem mais ser ignoradas ou consideradas como interesses menores do Estado<sup>95</sup>.

O processo ponderativo, portanto, deixa de ser unicamente de natureza dicotômica (direito à vida X escassez de recursos). Os conflitos começam a serem enfrentados como verdadeiros desacordos policêntricos, compostos por inúmeras variantes concretas que precisam ser avaliadas com mais cautela. Dentre essas circunstâncias, destacam-se estar ou não o pedido contemplado nas políticas públicas já regulamentadas pelos poderes constituídos; existir ou não alternativas de tratamentos fornecidos pelo SUS que atendam de forma eficaz os problemas de saúde do paciente; a sua hipossuficiência; a gravidade

---

<sup>95</sup>Para demonstrar a mudança no entendimento de alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, destacam-se dois votos proferidos pela Min. Ellen Gracie, acerca da escassez de recursos, em momentos diferentes. No primeiro voto, proferido no ano de 2006, a Ministra considerou que: “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária (...) não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida” (RE 342.413). No ano de 2007, no entanto, a Ministra proferiu inúmeras decisões monocráticas, que trouxeram novas discussões em torno do tema. Ao julgar a STA 92, a então Presidente da Corte Constitucional proferiu o seguinte voto: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer recursos necessários à reabilitação de saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde (...)”. (STA 92/2007)

da enfermidade; a iminência de risco de vida; os benefícios a serem obtidos com o fornecimento dos serviços de saúde pleiteados; os prejuízos eventualmente gerados ao sistema único de saúde e o caráter experimental ou não do tratamento buscado<sup>96</sup>.

Não se pode olvidar que os elementos acima indicados não são considerados ao mesmo tempo e da mesma forma, em todas as decisões. Os Ministros ainda não firmaram entendimento uniforme no sentido de esclarecer, com precisão, quais são os critérios que devem ser considerados, no momento em que há a judicialização do direito à saúde. Ainda assim, é forçoso admitir um avanço na jurisprudência do Supremo Tribu-

---

<sup>96</sup> Nesse sentido, têm-se os seguintes precedentes: STA 178, SS 3073, SS 3263, STA 92, STA 185, SS 3205, SS 3158, SS 3183, SS 3231, SS 3429, SS 3452, STA 181 e a STA 175. Inclusive, no julgamento da STA 175, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes explicita que utilizou, na análise do caso concreto, as conclusões obtidas a partir da audiência pública que presidiu. Em breve resumo, o caso se referia a uma paciente de 21 anos de idade, portadora de síndrome neurodegenerativa, que buscava um tratamento não previsto nos protocolos do SUS, mas registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o qual poderia lhe proporcionar melhor qualidade de vida, além de maior sobrevida, no importe de R\$ 52.000,00 por mês. Ao decidir, o Ministro concluiu que haveria a necessidade de se redimensionar a judicialização da saúde no Brasil, a fim de que não houvesse o deferimento de toda e qualquer ação de prestação da saúde. Afirmou, também, que quando o pleito estiver contido em alguma política pública disponibilizada pelo Estado, deve o ente público ser compelido a fornecê-la. Contudo, não excluiu as hipóteses de determinação judicial em desfavor do Poder Público, para fins de prestação de obrigação não contemplada em expedientes normativos preexistentes. Ao ponderar os interesses em jogo no caso concreto, o Ministro avaliou as circunstâncias fáticas e observou que o tratamento pleiteado não era experimental, apesar de não se encontrar previsto na lista de medicamentos do SUS, que a paciente e sua família eram hipossuficientes e que a intensidade do dano seria alta caso o medicamento não fosse fornecido. Com base nesses critérios, determinou o seu fornecimento pelo Poder Público. Não se pode olvidar que essa decisão é considerada paradigmática na jurisprudência pátria, uma vez que, em seu bojo, o Ministro procurou estabelecer critérios pré-determinados para a intervenção judicial, inclusive, nas situações em que não haja previsão de políticas públicas no ordenamento. Nesses casos, estabeleceu que os tratamentos alternativos fornecidos pelo SUS devem ser priorizados quando comprovadamente eficazes ao tratamento da saúde do paciente, mas ponderou que os protocolos do sistema não são inquestionáveis, uma vez que podem estar desatualizados ou serem ineficientes. De outro lado, concluiu que o Estado não deve ser compelido a fornecer tratamentos experimentais, cuja eficácia não esteja comprovada cientificamente.

nal Federal. Afinal, os ganhos decorrentes da melhor qualidade argumentativa não podem ser desconsiderados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível tecermos algumas conclusões derradeiras:

1. A Justiça Constitucional tem legitimidade democrática para intervir nos desacordos que envolvam omissões estatais nas prestações de serviços e ações de saúde.

2. A intervenção deve ser exercida, com cautela, no intuito de controlar as leis e os atos administrativos e não de substituir, aleatoriamente, as opções políticas feitas pelos demais poderes constituídos.

3. Essas opções políticas serão exercidas com mais liberdade nas hipóteses em que os meios de concretização dos direitos fundamentais não estejam precisamente descritos pela Constituição e pelos expedientes normativos infraconstitucionais, cabendo aos poderes eleitos escolherem um dentre os caminhos possíveis, desde que se trate de meio idôneo, proporcional e eficiente para o atingimento de sua finalidade.

4. No entanto, essa discricionariedade não é ilimitada e o Poder Judiciário deve intervir quando a escolha do meio for evidentemente inidônea, desproporcional ou ineficiente ao atingimento do fim ou quando o Estado, pura e simplesmente, nada faz, embora presentes as condições fáticas e jurídicas para tanto.

5. Os argumentos em torno dos custos dos direitos, da escassez recursal e os benefícios e os prejuízos marginais produzidos com o eventual (in)deferimento da demanda devem ser considerados pelo Judiciário, mas não podem se sobrepor nos casos em que a omissão inconstitucional privar o cidadão das condições essenciais mínimas à sua sobrevivência.

6. Como regra geral, ao constatar a omissão, deve a auto-



ridade judicial comunicar a sua ocorrência aos demais poderes, para que esses, de acordo com o seu juízo de conveniência e oportunidade, escolham como saná-la. Excepcionalmente, a Justiça Constitucional pode intervir concretamente na solução do problema, a depender da urgência do pedido, da existência de apenas um único meio para a sua resolução ou, ainda, nos casos em que o Poder Público não supra a omissão declarada inconstitucional, em tempo razoável e sem motivo justificável.

7. Nas hipóteses em que atuar, o Poder Judiciário deve respeitar, sempre que possível, os limites temporais orçamentários, em busca de proteger o planejamento governamental e o próprio erário público, evitando a aquisição de bens e serviços isoladamente e às pressas, sem os prévios procedimentos licitatórios, com custos geralmente superiores aos aplicados, em média, no mercado.

8. De igual forma, ao intervir, o Poder Judiciário deve considerar se está ou não diante de uma demanda coletiva, uma vez que os reflexos produzidos por essas decisões, ao contrário das demandas individuais, são estendidos a todas as pessoas que se encontrem nas situações tipificadas.

9. Além disso, existem alguns cuidados específicos no setor da saúde que devem ser observados pelo Judiciário, a fim de minimizar os efeitos que suas decisões podem produzir na reserva financeira do Estado, dentre os quais:

9.1. Submeter o requerente à perícia, para saber se o que ele pede, de fato, é o mais adequado ao seu tratamento, salvo quando o requerimento já tenha sido subscrito por médico do SUS ou quando a urgência impedir tal medida;

9.2. Respeitar os tratamentos e os medicamentos já previstos nos protocolos do SUS, bem como os profissionais e os estabelecimentos já credenciados ao sistema, salvo quando demonstrada as suas ineficiências, no caso específico;

9.3. Evitar o deferimento de tratamentos experimentais, sem certificação científica consolidada e não aprovados pela

ANVISA;

9.4. E, no momento seguinte ao deferimento do pleito, observar se o Poder Público efetuou, por exemplo, uma seleção de preços antes de adquirir o bem ou serviço contido na *decisum*, pagando por eles valores que sejam compatíveis com os preços médios de mercado, bem como se o beneficiário da decisão usufruiu, efetivamente, da tutela pleiteada, geradora da despesa pública.

10. Portanto, é com base nessas considerações que defendemos a intervenção jurisdicional ainda que suas atividades possam produzir resultados aditivos. Com isso, não estamos dizendo que a última palavra nos desacordos constitucionais dessa natureza será, sempre, proferida pelo Judiciário. O que estamos afirmando é que a discricionariedade administrativa assim como a reserva do possível não podem ser interpretadas em termos absolutos, a ponto de impedir toda e qualquer atuação judicial. E, apesar da notória complexidade em torno dessas questões, entendemos que o Poder Judiciário dispõe de mecanismos suficientes para que possa desempenhar o seu *múnus*, seguindo critérios objetivos.

11. Por último e não menos importante, não se pode deixar de mencionar que também existem providências a serem adotadas pela Administração, as quais contribuirão positivamente para reduzir o número de ações judiciais relativas às omissões estatais no campo da saúde e, por conseguinte, as alegações em torno da reserva do possível. São elas:

11.1. Realizar auditorias e efetuar avaliações de desempenho periódico para saber se as políticas públicas de saúde oferecidas estão sendo eficientes, evitando reclamações e judicializações de demandas futuras;

11.2. Fomentar a participação da população na formulação das políticas públicas de saúde e na realização do seu orçamento, a fim de direcionar a atuação administrativa aos verdadeiros anseios da população;

11.3. Promover estudos técnicos e debates na sociedade com o intuito de avaliar as vantagens e desvantagens de instituir, no país, taxas moderadoras relativas aos serviços públicos de saúde, de modo a esclarecer se as suas cobranças iriam, de fato, contribuir para a sustentabilidade e para a melhoria de qualidade do sistema, bem como para evitar a procura exacerbada e desnecessária pelos usuários.

12. Afinal, a problemática que envolve os custos dos direitos, a escassez recursal e a prestação de serviços de saúde é de natureza multidisciplinar e não pode ser resolvida, com exclusividade, pelo Judiciário. É claro que a sua intervenção revela-se necessária, em certas situações, como exposto ao longo do presente trabalho. Porém, trata-se de uma atuação subsidiária, uma espécie de “plano B”, dotado de regras objetivas e elaborado com o propósito de garantir a harmonia entre os poderes da República. Nessa conformidade, uma conclusão é certa: o equilíbrio entre as inúmeras necessidades na saúde e os limitados recursos públicos deve ser buscado, conjuntamente, tanto pelos poderes eleitos, quanto pelo Judiciário, sempre, em prol do bem-estar do cidadão, destinatário final e verdadeira razão de ser do modelo político-jurídico vigente.



## BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDRINO, José de Melo, *Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção?*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano VII, 2010 (especial), Porto, p. 147-169.
- ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Malheiros Editores, São Paulo, 2008.
- AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha*, Editora

- Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- ARANGO, Rodolfo; LAMAITRE, Julieta, *Jurisprudencia constitucional sobre el mínimo vital*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Centro de Investigaciones Soci-jurídicas, Bogotá, 2002.
- BARCELOS, Ana Paula de, “O direito à educação e o STF”. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 609/634.
- \_\_\_\_\_, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2011.
- BARROS, Pedro Pita, *Economia da Saúde, Conceitos e Comportamentos*, 2ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Revista Interesse Público, v.9, nº 46, nov. 2007, Belo Horizonte, disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>. Acesso em 01.03.2012.
- BERTOMEU Juan F. González, *Como aprendi a odiar y amar la discusión sobre controle judicial in Juices e democracia: la justicia constitucional bojo examen*, disponível em <http://administradorup.files.wordpress.com/2010/02/bertomeu-como-aprendi-a-odiar-y-a-amar-la-discusion-sobre-control-judicial.pdf>. Acesso em 15.03.2012.
- BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *Para entender a gestão do SUS*, CONASS, 2003, Brasília.
- BRITO, José de Souza e, “Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático”. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça*

- Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 39-47.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Editora Almedina, Coimbra, 2003.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2000.
- CARVALHO, Mariana Siqueira de, *A saúde como direito social fundamental na Constituição Federal de 1988*, Revista de Direito Sanitário, v.4, nº 02, jul.2003, São Paulo, p. 15-31.
- CASALTA NABAIS, José, *Por uma liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- CAÚLA, Cesar, *Dignidade da Pessoa Humana, Elementos do Estado de Direito e Exercício da Jurisdição. O caso do Fornecimento de Medicamentos Excepcionais no Brasil*, Editora JusPodium, Salvador, 2010.
- CHUMBINHO, João, *A Constituição e a Independência dos Tribunais*, Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2009.
- COUTO, Claudio Gonçalves; ARANTES, Rogerio Bastos, *Constituição, Governo e Democracia no Brasil*, Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 21, nº 61, jun/2006, p. 41-62.
- CUNHA JR., Dirley da, *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2008.
- CURY, Ieda Tatiana, *Direito Fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

- ELSTER, Jon, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitations of Rationality*, Cambridge University Press, 1989.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para a sua eficácia e efetividade*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Direito à Saúde, Leis nº 8.080/90 e 8.142/90*, Editora Podium, Salvador, 2009.
- GALDINO, Flavio, *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
- GARGARELLA, Roberto, “Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais”. In SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.), *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 207/231.
- GELIS FILHO, Antonio, *Globalização, serviços de saúde e direito internacional*, Revista de Direito Sanitário, v.2, nº 03, nov.2001, São Paulo, p. 59-74.
- GOUVÊA, Marcos Maselli, *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*, Revista Forense, v.370, nov/dez.2003, Rio de Janeiro, p. 103-134.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *El costo de los derechos, Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo Veintiuno editores, Argentina, 2001.
- KELBERT, Fabiana Okchslan, *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2011.
- LEAL, Rogério Gesta, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009.
- \_\_\_\_\_, “As responsabilidades Políticas do Ativismo Judicial: Aspectos Teórico-Práticos da Experiência Norte-Americana

- e Brasileira. In LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Orgs.), *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, “O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal”. In SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011, p. 635-648.
- LIMA, Ricardo Seibel de Freitas, “Direito à saúde e critérios de aplicação”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 237-253.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, “Em torno da reserva do possível” In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 155-173.
- , *Direitos Sociais – Teoria e Prática*, Editora Método, São Paulo, 2009.
- LUPIOM, Ricardo, “O direito Fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 311-324.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e controle jurisdicional* Malheiros Editores, 2ª edição, 10ª tiragem, São Paulo, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

- MILANEZ, Daniela, *O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial*, Revista de Direito Administrativo, v.237, jul/set.2004, Rio de Janeiro, p. 197-221.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional, Tomo II. O Direito do Contencioso Constitucional*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- NASCIMENTO, Paulo Roberto do; ZIONI, Fabíola, *Relações federativas no SUS: autonomia nas relações intergovernamentais da CIB-SP*, Revista de Direito Sanitário, v.3, nº 02, jul.2002, São Paulo, p. 11-33.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- , *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de, *Direito à saúde: garantia e proteção pelo Poder Judiciário*, Revista de Direito Sanitário, v.2, nº 03, nov.2001, São Paulo, p. 36-58.
- OLSEN, Ana Carolina, *Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível*, Juruá Editora, Curitiba, 2008.
- PAULUS JR., Ailton; CORDONI JR., Luis, *Políticas Públicas de Saúde no Brasil*, Revista Espaço para a Saúde, v.8, nº 1, dez.2006, Londrina, p. 13-19.
- POSNER, Richard, *Law, Pragmatism and Democracy*, Harvard University Press, Cambridge, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *O Contrato Social*, livro IV, Editora Publicações Europa-América Mem Martins, 1981.
- SAMPAIO, Jorge Silva, *O Dever de Proteção Policial de Direitos, Liberdades e Garantias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 7ª edição, Editora Livraria do Advogado,



- Porto Alegre, 2007.
- \_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 13-50.
- SCAFF, FERNANDO FACURY, “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 133-153.
- SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966.
- SGARBOSSA, Luís Fernando, *Crítica à teoria dos custos dos direitos, v. I, Reserva do Possível*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010.
- SEN, Amartya, *Desenvolvimento como Liberdade*, Companhia de Bolso, São Paulo, 2010.
- SIMÕES, Jorge; DIAS, Ana, “Gestão da Saúde e Despesa Pública”. In CABRAL, Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d’Oliveira (Orgs.). *A Reforma do Sector da Saúde: uma Realidade Iminente?*, nº 11, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 81-100.
- TORRES, Ricardo Lobo, “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 1-46.
- VALE, Luís Antonio Malheiro do, “As taxas Moderadoras e o Financiamento do Serviço de Saúde”. In CABRAL,

- Nazaré da Costa; AMADOR, Olívio Mota; MARTINS, Guilherme Waldemar d'Oliveira (Orgs.). *A Reforma do Sector da Saúde: uma Realidade Iminente?*, nº 11, Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 101-203.
- VILLALÓN, Pedro Cruz, “Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria”. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 85-90.
- WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- WANG, Daniel Wei Liang, “Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF”. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.), *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 349-371.
- WEICHERT, Marlon Alberto, *Saúde e federação na Constituição Brasileira*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.