



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

DANIEL GOMES BRAGA MONTE

**O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO ERÁRIO EM FACE DE DECISÕES
JUDICIAS INCONSEQUENTES**

FORTALEZA

2013

DANIEL GOMES BRAGA MONTE

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO ERÁRIO EM FACE DE DECISÕES
JUDICIAS INCONSEQUENTES

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo e de metodologia da Professora Raquel Coelho Lenz Cesar.

Orientadora: Prof^a. Raquel Coelho Lenz Cesar.

FORTALEZA

2013

DANIEL GOMES BRAGA MONTE

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO ERÁRIO EM FACE DE DECISÕES
JUDICIAS INCONSEQUENTES

Monografia apresentada à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, adequada e aprovada para suprir exigência parcial inerente à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Raquel Coelho Lenz Cesar (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Ms. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Talita de Fátima Pereira Furtado Montezuma
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho, em especial, a Deus, bem como à minha família e à minha namorada, estrela que vem guiando meu caminho há 5 anos.

Paisagem do Capibaribe (O Cão sem Plumas)

Entre a paisagem
o rio fluía
como uma espada de líquido espesso.
Como um cão
humilde e espesso.

Entre a paisagem
(fluía)
de homens plantados na lama;
de casas de lama
plantadas em ilhas
coaguladas na lama;
paisagem de anfíbios
de lama e lama.

Como o rio
aqueles homens
são como cães sem plumas
(um cão sem plumas
é mais
que um cão saqueado;
é mais
que um cão assassinado.
Um cão sem plumas
é quando uma árvore sem voz.
É quando de um pássaro
suas raízes no ar.
É quando a alguma coisa
roem tão fundo
até o que não tem).

(João Cabral de Melo Neto)

RESUMO

O reconhecimento da força normativa das normas constitucionais vem expandindo consideravelmente o domínio da jurisdição constitucional, notadamente no que se refere à possibilidade de controle da efetivação dos direitos sociais, de cunho prestacional, pelo Estado. Nesse contexto, faz-se necessária a fixação de critérios legítimos de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, o que ocorre por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de demonstração concreta da insuficiência da política elaborada pelo Poder Público. O STF expressou esse entendimento na ADPF 45/04. No campo da efetivação dos direitos sociais, ressalta o papel representado pelo direito à saúde. A política pública de saúde principal é o Sistema Único de Saúde. Tal política, apesar de existente e relativamente eficaz, gera inúmeras distorções no plano da realidade que violam o núcleo mínimo consubstanciador do direito à saúde em casos concretos. Segundo os tribunais superiores, são exemplos dessas violações a não previsão de medicamentos essenciais a determinados tratamentos de saúde, a inexistência de leitos de UTI suficientes em determinadas localidades do País e a não aquisição de equipamento médico-hospitalar indispensável ao tratamento de certas doenças. Em face da consolidação desse entendimento nas cortes superiores, inúmeras decisões são prolatadas tratando da efetivação do direito à saúde no caso concreto, gerando nítidos impactos no Orçamento Público. É cediço que a teoria da 'reserva do possível' não pode ser considerada um argumento sério, em face do modelo orçamentário brasileiro (orçamento autorizativo) que prevê créditos públicos sem nenhuma destinação específica. Entretanto, há efeitos danosos da efetivação do direito à saúde, os quais consistem no favorecimento indevido de grandes grupos econômicos pelo cumprimento imediato de decisões judiciais, sem nenhuma discussão prévia dos preços pagos pelo Estado. Nesse contexto, e tendo em vista que o direito à preservação do Erário é também um direito fundamental dos cidadãos, é dever do juiz integrar à lide os particulares interessados em fornecer bens e serviços ao Estado para que possa haver uma discussão adequada dos valores ofertados, como forma de realizar o paradigma do processo devido, compor de forma adequada o interesse de todos os envolvidos no litígio e proferir uma decisão substancialmente justa.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Políticas Públicas. Proporcionalidade. Direito à Saúde. Preservação do Erário.

ABSTRACT

The recognition of the normative force of constitutional norms has been expanding considerably the field of constitutional jurisdiction, particularly with regard to the possibility of controlling the fulfillment of social rights, which imprint prestacional's obligations to the State. In this context, it is necessary to establish legitimate creteria to judicial power on controlling public policies, which occurs through the application of the principle of proportionality in cases of concrete demonstration of the failure of the policy drawn up by the Government. The Supreme Court expressed this understanding in ADPF 45/04. In the field of realization of social rights, it emphasizes the role played by the right to health. The main public health policy is the National Health System. Such public policy, despite existing and relatively effective, creates numerous distortions in the plane of reality that violates consubstanciador minimum core of the right to health in specific cases. According to the superior courts, some examples of such violations are: the non predictive of essential drugs to certain health treatments, the absence of adequate ICU (intensive care unit) beds in certain areas of the country and the non purchase therapy equipment essential for the treatment of certain diseases. Given the consolidation of this understanding in the superior courts, numerous decisions are handed down in the case of the realization of the right to health, generating sharp impact on the public budget. It is known that the theory of 'possible reserves' can not be considered as a serious argument, in the face of the Brazilian budget model (budget of authorization) which provides public claims without any specific destination. However, there are harmful effects of the realization of the right to health, which consist in the undue favoritism of major economic groups by immediate fulfillment of judicial decisions, without any prior discussion of prices paid by the state. In this context, and given that the right to preservation of the Treasury is also a fundamental right of citizens, it is a duty of the judge to integrate to the judicial process individuals interested in providing goods and services to the state so it can be realized a proper discussion of the values offered, according to the paradigm of due process, and as form to compose appropriately the interests of all involved in the dispute and render a decision substantially fair.

KEY-WORDS: Judicial Activism. Public Policy. Proportionality. Right to Health. Preservation of the Public Budget.

SUMÁRIO

1 Introdução.....	9
2 Análise geral da possibilidade do controle judicial de políticas públicas no ordenamento jurídico brasileiro.....	11
2.1 Direitos fundamentais.....	11
2.2 Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.....	13
2.3 Distinção necessária: questões políticas e questões jurídicas.....	15
2.4 Meios de Controle das Políticas Públicas.	18
2.5 Posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – ADPF 45/04.....	21
3 Considerações específicas sobre a judicialização do direito à saúde no Brasil e seus impactos no Orçamento.....	22
3.1 Conformação Institucional das Políticas Públicas de Saúde – O Sistema Único de Saúde.....	22
3.2 A Insuficiência da Política Pública de Saúde em Casos Concretos: Panorama de decisões dos Tribunais Superiores sobre o Tema.....	26
3.3 O Ativismo Judicial e o Orçamento Público: considerações em torno da teoria da 'reserva do possível'.....	31
4 Consequências Imprevistas do Ativismo Judicial e Necessidade de se Assegurar uma Contratação Justa para o Poder Público no Caso Concreto.....	36
5 Conclusão.....	45
6 Bibliografia.....	47

1 INTRODUÇÃO

A discussão acerca da legitimidade do controle judicial das políticas públicas é um tema de considerável relevância no cenário jurídico atual. Isso porque, cada vez mais, os juízes e tribunais brasileiros deparam com casos concretos em que se discute o problema da concretização de direitos fundamentais sociais e demandam parâmetros jurídicos legítimos para atuar nessa seara.

De fato, as políticas públicas consistem, em síntese, no conjunto de ações e programas do Poder Público visando à efetivação de direitos de índole constitucional. Esses direitos são denominados de direitos sociais ou prestacionais, justamente porque exigem uma postura ativa do Estado para sua realização e consistem em normas que buscam garantir igualdade material aos cidadãos.

O problema surge quando o Estado falta ao seu dever fundamental de conformação adequada dos referidos direitos e gera danos aos particulares. Isso pode se dar tanto por uma omissão total como por uma atuação insuficiente. Nesse contexto, e diante da violação a direitos de índole constitucional, cabe ao Poder Judiciário cumprir seu papel institucional e prestar a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto.

Entretanto, e para que seja legítima, a atuação do Poder Judiciário deve se dar conforme o Direito, isto é, com base em parâmetros jurídicos, a fim de respeitar a tripartição das funções estatais e de não invadir espaços de decisão reservados à deliberação política dos representantes do povo.

Nesse sentido, surge o princípio da proporcionalidade como critério jurídico maior para analisar se as políticas públicas elaboradas são suficientes e, em caso negativo, para promover a sua integração nos casos concretos.

Nesse cenário, é central a análise do direito fundamental à saúde, o qual representa o direito fundamental social em que a discussão acerca da legitimidade do controle judicial de políticas públicas se encontra mais avançada, diante das inúmeras decisões judiciais que abordam o tema e que produzem significativos impactos sobre o Orçamento Público. Ademais, é necessária a definição do papel a ser desempenhado pelos particulares, notadamente os representantes de empresas farmacêuticas e de hospitais na realização do direito à saúde, os quais podem ser injustificadamente beneficiados por decisões judiciais que não permitam uma discussão adequada do problema.

Neste trabalho serão desenvolvidos os conceitos de direitos fundamentais, de políticas públicas, de decisões políticas, os quais são essenciais para a discussão adequada do problema. Serão, ainda, propostos métodos jurídicos legítimos para atuação do Poder Judiciário a fim de que cumpra sua missão institucional de tutelar direitos, bem como será tratada, de modo específico, a questão envolvendo o controle judicial das políticas públicas de saúde, com seu delineamento institucional, análise de decisões que concedem medicamentos em casos concretos, impactos do referido ativismo judicial no Orçamento Público e, por fim, será proposta uma definição do papel a ser desempenhado pelos particulares no âmbito da efetivação do direito à saúde.

2 ANÁLISE GERAL DA POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais são direitos que permitem ao homem se realizar enquanto ‘ser-no-mundo’¹, pois expressam o conjunto de valores essenciais que materializam a dignidade intrínseca do ser humano. Isto é, na medida em que o ordenamento jurídico existe com a finalidade de assegurar ao homem o gozo de uma existência digna (fundamento ético do Direito), esta só se torna possível com a realização máxima dos direitos fundamentais. Não é por outra razão que se denominam fundamentais: a realização desses direitos constitui a razão última que justifica a existência de todo o arcabouço normativo².

Os direitos fundamentais estão positivados na parte dogmática das Constituições. O Neoconstitucionalismo expressa, justamente, a preocupação da doutrina contemporânea com a efetivação desse conteúdo tão caro ao ordenamento jurídico. Daí resulta o reconhecimento da supremacia, da eficácia normativa e da centralidade hermenêutica do texto constitucional. Dessa forma, a Constituição é dotada de superioridade hierárquica em relação a qualquer outro ato jurídico do ordenamento, sempre prevalecendo em caso de conflito. Seus preceitos são dotados de normatividade, não consistindo em meras intenções ou programas. Por fim, todas as demais manifestações jurídicas devem ser interpretadas em conformidade com os princípios e as regras constitucionais, sob pena de perderem sua eficácia³⁻⁴.

¹A expressão é de Heidegger. Trata-se da manifestação do Ser no tempo. Para o filósofo alemão, cada sociedade tem uma abertura diferente para o Ser, de tal forma que ele manifesta-se sempre temporalmente e por meio da linguagem (‘a linguagem é a casa da verdade do Ser’). Assim, como o Direito é um subsistema da linguagem, ele é um dos meios de entrada ou de revelação do Ser. Os direitos fundamentais, por constituírem o conjunto de consensos básicos sobre os quais se constitui determinada comunidade jurídica, são o campo *par excellence* de manifestação do Ser no tempo. In. HEIDEGGER, Martin. Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Nova Cultural, 1989, p. 150. Coleção ‘Os Pensadores’, vol. 23.

²“Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.” In. MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Saraiva: 2009, p. 271.

³BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. RDA, Rio de Janeiro: FGV, n° 240, abr/jun, 2005, p.2.

⁴Martônio Mont’Alverne Barreto Lima, contrariamente, afirma que a crença nos postulados constitucionais como transformadores, por si sós, da realidade revela certa ingenuidade dos defensores do Neoconstitucionalismo. Para o autor, essa concepção acaba por promover um discurso meramente idealista, dissociado dos fatores reais do poder - em especial da política - os quais objetivamente alteram

Os direitos fundamentais apresentam-se como direitos de abstenção ou de prestação⁵. Os primeiros consistem nas liberdades individuais, típicas do liberalismo clássico, e também são denominados de direitos fundamentais de primeira geração, que impõem um dever de omissão ao Estado em relação a determinadas prerrogativas do indivíduo, v.g., o dever de respeitar e assegurar a liberdade de expressão. Já os direitos a uma prestação, também denominados direitos fundamentais de segunda geração, consistem em um dever imposto ao Estado de atuar positivamente, legislando e oferecendo serviços que realizem o conteúdo desses direitos, por exemplo, o dever de prestar saúde de qualidade à população. Esses direitos têm nítido caráter social e afirmativo, no sentido de promoverem alterações sociais que visam a assegurar a igualdade material entre os indivíduos. Conforme leciona Luis Prieto Sanchíz⁶:

Pelas mesmas razões, os direitos sociais configuram-se como direitos de igualdade, entendida no sentido de igualdade material ou substancial, isto é, como direitos, não a defender-se diante de qualquer discriminação normativa, mas sim a gozar de um regime jurídico diferenciado ou desigual, em atenção, precisamente, a uma desigualdade de fato que precisa ser limitada ou superada.

Dessa forma, caso o Estado não atue de forma a realizar o conteúdo das normas constitucionais que albergam direitos de índole social (direitos à prestação), surge a questão da exigibilidade de tais direitos frente aos poderes públicos, na medida em que: a) direitos que não são exigíveis não são propriamente direitos, mas meros programas que podem orientar a atuação de um sujeito; b) não realizar o conteúdo dos preceitos constitucionais é negar aplicabilidade à própria Constituição; c) o Poder Público, por meio do Poder Legislativo e do Poder Executivo, tem assegurada a liberdade de conformação de tais direitos, tendo em vista, inclusive, o custo que sua efetivação demanda; d) o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, tem o

as estruturas sociais. In. Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política. Revista Controle, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, vol. IX, nº 1, jan/jun, 2011.

⁵Há outras denominações. Dimitri Dimoulis, por exemplo, os classifica em a) direitos de *status* negativo ou pretensão de resistência à atuação estatal; b) direitos de *status* positivo ou sociais ou a prestações; c) direitos de *status activus* ou políticos ou de participação (direitos de participação política); d) direitos coletivos; e) garantias de organização; f) deveres fundamentais ;e g)garantias fundamentais. In. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2011, pp. 58-75.

⁶SANCHÍZ, Luis Prieto. Los derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, nº 22, pp. 23-24, 1995, tradução nossa.

dever de prestar tutela aos direitos, e isso, com maior razão, quando se tratam de direitos de índole constitucional.

J.J. Gomes Canotilho⁷ colocou o problema da seguinte forma:

Com base na indiscutível dimensão subjectiva dos direitos ‘sociais’ afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos. Exs.: (i) a partir do direito ao trabalho pode derivar-se o dever do Estado na criação de postos de trabalho e a pretensão dos cidadãos a um posto de trabalho?; (ii) com base no direito de expressão é legítimo derivar o dever de o Estado criar meios de informação e de os colocar à disposição dos cidadãos, reconhecendo-se a estes o direito de exigir a sua criação?

É a análise dessa exigibilidade que se fará a seguir. Antes, entretanto, é preciso entender no que consistem as políticas públicas e qual a sua relação com os direitos sociais albergados na Constituição Federal.

2.2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

As políticas públicas constituem o conjunto de programas e ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo que visam a realizar os direitos fundamentais de índole social. São os instrumentos de concretização de tais direitos⁸.

Esse é também o entendimento de Maria Paula Dallari Bucci⁹ para quem: “Pode-se partir de uma definição provisória de políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos”.

Assim, numa Constituição dirigente, como é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os direitos sociais impõem programas de ação de cunho obrigatório ao Poder Público, conforme a lição de Eros Roberto Grau¹⁰:

Já como Constituições diretivas ou programáticas são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero "instrumento de governo", mas, além

⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 477.

⁸JORGE NETO, Nagibe de Melo. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 53.

⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. In. Direitos humanos e políticas públicas. Caderno Pólis 2. São Paulo: Pólis, 2001, p. 13.

¹⁰GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76.

disso, enunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados. Elas, pois, as que se transformam em um "plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins; não compreendem tão-somente um "estatuto jurídico do político", mas sim um "plano global normativo" do Estado e da sociedade.

Dessa forma, incumbe ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo elaborarem políticas públicas visando a realizar o conteúdo dos direitos sociais. Isso se dá, por exemplo, na elaboração da proposta orçamentária, na qual é feita uma distribuição prévia dos recursos do Estado entre os sujeitos administrativos; na votação da Lei Orçamentária pelo Congresso Nacional, quando tais recursos escassos são definitivamente alocados; e na elaboração, pela alta administração, de programas de ação e de metas a serem alcançadas com os créditos orçamentários autorizados. Ressalta-se aqui o exemplo do Orçamento Público, tendo em vista que todo direito, principalmente os de caráter prestacional, envolve um custo, e a escolha de quanto gastar para realizá-lo tem óbvias implicações constitucionais. É o que sublinha Ana Paula de Barcellos¹¹:

As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário.

O que importa ressaltar é que as políticas públicas consistem, essencialmente, em escolhas feitas pelo Estado de como agir, quanto gastar, quais objetivos alcançar na realização dos direitos fundamentais de índole social, ou ainda, por outras palavras, estando obrigado a agir, cabe ao Estado deliberar, internamente, como fazê-lo.

Tome-se o exemplo do direito à saúde. A Constituição Federal no seu art. 196 determina expressamente que a saúde será garantida mediante políticas sociais e econômicas. O artigo 197 esclarece que essas políticas consistem em ações e serviços, aos quais cabe ao Poder Público dispor, segundo as diretrizes constantes do artigo 198. Assim, aprovar o orçamento referente aos serviços de saúde, elaborar planos de ação que orientem e disciplinem a prestação desses serviços e estabelecer metas a serem alcançadas são meios de realizar o direito constitucional à saúde previsto na Carta Magna.

¹¹BARCELLOS, Ana Paula de, op. Cit., p.11.

Essa posição também é a do Supremo Tribunal Federal, conforme se percebe em trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no SL-AgR 47/PE, abaixo reproduzido:

Não obstante, esse direito subjetivo público (saúde) é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. (STF. SL-AgR 47/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento, 17/03/2010. Diário de Justiça Eletrônico, 30/04/2010.)

Portanto, o Estado está obrigado a agir. A questão que nos interessa é precisamente quando ele não atua ou ainda atua de forma insuficiente, negando direitos fundamentais aos cidadãos. A legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle de qualquer atuação ou omissão estatal e efetivamente prestar tutela aos direitos constitucionais é evidente, entretanto, devido à peculiaridade do tema (caráter político das escolhas que materializam as políticas públicas), essa legitimidade é, no mínimo, controversa.

2.3 DISTINÇÃO NECESSÁRIA: QUESTÕES POLÍTICAS E QUESTÕES JURÍDICAS

A principal dificuldade em se reconhecer a competência do Judiciário para analisar as políticas públicas é a sua ausência de legitimidade para fazer escolhas políticas. De fato, não cabe ao Poder Judiciário proceder a esse tipo de escolha. Essa atribuição é exclusiva dos representantes do povo, democraticamente eleitos por meio do sufrágio¹². Inocêncio Mártires Coelho¹³ sintetiza da seguinte forma esse entendimento:

¹²Essa é, aliás, a tese fundamental do procedimentalismo, conforme a lição de Álvaro Luis de A. S. Ciarlini: “o procedimentalismo propugna que a jurisdição constitucional deve 'impor o processo democrático e a forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade', não se prestando, no entanto, ao papel de 'guardiã republicana do processo político e da cidadania', nem tampouco afirmando-se como um processo de autorrealização ética, o que reduziria a Constituição 'a uma ordem concreta de valores'. A função da Corte Constitucional, nesse quadro, limita-se, portanto, a determinar o respeito aos procedimentos democráticos, no sentido de garantir a formação da opinião e da vontade política”. In. *Direito à Saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

¹³COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

Considerando que, nos regimes de democracia representativa, a criação de normas jurídicas – inclusive e, sobretudo, das normas constitucionais – é uma atividade política em sentido estrito, uma atividade própria dos órgãos a tanto legitimados em eleições periódicas; que as decisões fundamentais pertencem ao povo, que se manifesta por meio dos seus representantes, democraticamente escolhidos e substituídos pelo sufrágio da maioria do eleitorado; que a investidura dos juízes obedece a critérios outros que nada têm que ver com a confiança popular; então, dizem os interpretativistas, é de se recusar qualquer espécie de ativismo judicial, porque incompatível com a ordem jurídico-política plasmada na Constituição.

Diz-se que uma escolha é meramente política quando os critérios utilizados para tomá-la não são critérios jurídicos, e, sim, critérios eminentemente políticos. O melhor exemplo de uma decisão desse tipo é a referente à extradição de um estrangeiro refugiado no Brasil. O Presidente da República, enquanto chefe de Estado e representante da soberania nacional, decide se é conveniente ou não, utilizando, por exemplo, critérios de relações internacionais, não extraditar determinado estrangeiro refugiado no Brasil, mesmo que o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que, juridicamente, nos termos dos Tratados Internacionais entre os países envolvidos, seja o caso de extradição. Essa decisão, por não se basear em critérios jurídicos, é insondável pelo Poder Judiciário¹⁴⁻¹⁵.

Nesse sentido, afirma-se que, ao formular Políticas Públicas, o Executivo e o Legislativo também decidiriam com base em critérios políticos (discricionariedade), os quais estariam fora da órbita do controle exercido pelo Poder Judiciário.

Ora, a Constituição é a norma jurídica fundante e fundamental do Estado, a qual consiste, essencialmente, em uma exigência de racionalização e limitação do exercício do poder. Ela representa o momento de transformação do poder em Direito, ou seja, marca o nascimento do poder legítimo. Trata-se, portanto, de vitória histórica das sociedades modernas sobre o arbítrio estatal. Isto é, o poder só é legítimo se exercido dentro dos limites impostos pelo texto constitucional¹⁶.

¹⁴É o caso da Ext. 1.085 - Petição avulsa/República Italiana, extraída do Informativo nº 633, com acórdão pendente de publicação.

¹⁵Trata-se da consagração do caráter sistêmico do Direito, enquanto sistema autopoiético e autorreferencial. O Direito só existe enquanto se referir aos seus próprios termos, ou seja, às normas. Fora desse âmbito, não há Direito, mas Política, Cultura, Economia, isto é, outro sistema qualquer que não atue em referência às normas jurídicas. É o que esclarece Paulo Sávio Peixoto Maia In. O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, nº 180, Out/Dez, 2008, pp. 379-380.

¹⁶É o sistema da dominação racional-legal descrito por Max Weber: “Os tipos de dominação são em número de três: racional, tradicional ou carismática. A tipologia se fundamenta, portanto, no caráter próprio da motivação que comanda a obediência. Racional é a dominação baseada na crença na legalidade da ordem e dos títulos dos que exercem a dominação. [...] O agente tributário nos faz obedecer porque

Nas palavras de Gilberto Bercovici¹⁷:

A Constituição dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política que deve mover-se no âmbito do programa constitucional. Dessa forma, a Constituição dirigente não substitui a política, mas se torna a sua premissa material. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição, e seus atos devem ser considerados constitucionalmente determinados. Inclusive, ao não regular inúmeras questões (afinal, nenhuma constituição pode-se pretender completa ou perfeita), cabe à discussão política solucioná-las. A função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal.

Dessa forma, as escolhas promovidas pelo Poder Público, ao formular as políticas conformadoras e realizadoras dos direitos sociais, só serão legítimas se estiverem em conformidade com as leis e, *a fortiori*, com a Constituição¹⁸. Qualquer atuação fora desses limites caracteriza abuso das prerrogativas institucionais e desafia o controle pelo Poder Judiciário.

Essa é também a lição de Juarez Freitas¹⁹:

Em suma, o controle não pode se furtar de verificar se efetivamente a prática arbitrária ocorreu, ou seja, se o administrador agiu, ou deixou de agir, com legitimidade e razoabilidade. Para tanto, força não confundir, nem de longe, discricionariedade e arbitrariedade, tampouco conceber a discricionariedade como tendo núcleo juridicamente não-vinculado. Dito de modo claro e sem qualquer elipse: a discricionariedade desvinculada de princípios, objetivos e direitos fundamentais é, em si mesma, arbitrariedade.

Nesse sentido, não é possível fazer escolhas inconstitucionais sob o pretexto de estar exercendo prerrogativas meramente políticas. A política, enquanto atividade de tomar decisões coletivas baseada em critérios de interesse público, também está vinculada à Constituição. A judicialização da política, a fim de verificar a sua adequação à realização dos direitos constitucionais, é exigência do Estado Democrático de Direito fundado na supremacia da Constituição.

acreditamos na legalidade dos títulos que lhe permite enviar-nos documentos de cobrança fiscal. Sua dominação é, portanto, racional.”. WEBER, Max *apud* ARON, Raymond. As Etapas do Pensamento Sociológico. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 515.

¹⁷BERCOVICI, Gilberto. A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, Ano 36, Nº 142, Abr/Jun, 1999.

¹⁸Aqui é preciso ter em mente o conceito de discricionariedade como espaço de liberdade, reservado por lei à Administração, para fazer uma escolha, entre várias igualmente válidas perante o Direito, visando a integrar o conteúdo de uma norma, conforme ensina a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. In. Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 219.

¹⁹FREITAS, Juarez. O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 381-382.

Portanto, sob o pretexto de fazer valer a Carta Magna, afigura-se legítima a atuação do Poder Judiciário no sentido de controlar a elaboração e a execução de políticas públicas, a fim de identificar e expurgar escolhas inconstitucionais e de averiguar em que medida os meios escolhidos são proporcionais e eficazes na realização dos fins que pretendem alcançar. Ressalte-se que, obviamente, é vedado ao Poder Judiciário escolher quais políticas públicas devem ser adotadas, afinal, a escolha em si, desde que legítima, é atribuição exclusiva da discricionariedade política dos representantes do povo²⁰. O que se está a controlar é o abuso das prerrogativas institucionais atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente o poder de conformação/realização dos direitos sociais²¹.

2.4 MEIOS DE CONTROLE

O principal instrumento do controle judicial de políticas públicas é a verificação da adequação da atuação estatal ao princípio da proporcionalidade, conforme formulado pela doutrina alemã²². O aludido princípio comporta três subdivisões: a) adequação: o meio escolhido deve ser capaz de realizar a finalidade proposta; b) necessidade ou proibição de excesso: o meio escolhido deve ser o menos danoso aos direitos envolvidos; c) proporcionalidade em sentido estrito: os benefícios da medida adotada devem superar os prejuízos por ela impostos.

Nesse sentido, Leonardo Martins²³:

Trata-se, portanto, de processo seletivo eliminatório (adequação – os meios inadequados são descartados), classificatório (necessidade – somente o meio adequado com a menor intensidade de intervenção da liberdade é classificado) e axiológico (proporcionalidade em sentido estrito – verificação

²⁰Salvo tratar-se de caso em que a discricionariedade foi reduzida a zero, conforme será abordado no tópico seguinte.

²¹O STF já manifestou entendimento de que o abuso do poder de conformação atribuído aos Poderes Executivo e Legislativo caracteriza exercício anômalo e arbitrário das funções estatais, sendo passível de controle judicial. É o caso da ADI 2213 MC/DF (Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento, 04/04/2002. Diário de Justiça Eletrônico, 23/04/2004), na qual se lê: “A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais”.

²²MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo, op. Cit., 2009, p. 356.

²³MARTINS, Leonardo. Liberdade e Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 124-125.

do valor ou importância do bem jurídico ou interesse por detrás do propósito da intervenção e sua comparação com o valor ou importância da liberdade atingida) e, destarte, de um processo caracterizado por um afunilamento, que não deixa de ter sua lógica.

Ademais, deve-se ressaltar que o princípio da proporcionalidade comporta, para além de uma vedação a limitações excessivas dos direitos fundamentais pelo Poder Público, uma exigência de proteção suficiente do seu núcleo essencial, principalmente no que se refere à realização dos direitos sociais por meio da elaboração de políticas públicas.

Nesse sentido, Gilmar Mendes²⁴:

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161).

Assim, é possível verificar se o administrador ou o legislador, ao escolher os meios para realizar os direitos fundamentais, fez uma escolha proporcional ou se a proteção concedida é suficiente para garantir tais direitos. Trata-se aqui de um critério jurídico de envergadura constitucional (art. 5º, inc. LIV, CF)²⁵.

Vale salientar, ainda, que a proporcionalidade pode ser aferida tanto na fundamentação que embasa a escolha, como critério negativo apto a ocasionar a invalidade do ato, quanto como orientação geral que deve ser seguida pelos responsáveis da decisão, ou seja, como critério positivo que norteia a atuação do Poder Público. Nesse sentido, esclarecedora a lição de Marcelo Guerra²⁶:

Sem dúvida o princípio da proporcionalidade tem uma indiscutível aplicação na fundamentação de decisões, que avaliam a licitude ou a constitucionalidade de atos normativos, administrativos, judiciais e até

²⁴MENDES, Gilmar. Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562.

²⁵Segundo a posição do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade é a expressão do devido processo legal substancial e acha-se vocacionado a neutralizar e a inibir os abusos do Poder Público no exercício das suas funções. É o que se extrai do RE n. 374.981/RS, Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento, 28/03/2005. Diário de Justiça Eletrônico, 08/04/2005.

²⁶GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 31, nº 65, p. 33, jan/jun, 2007.

privados (a chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”), no terreno, portanto, daquilo que se convencionou chamar contexto de justificação. No entanto, é importante sublinhar também, sobretudo no âmbito administrativo e judicial, o papel heurístico que o princípio da proporcionalidade – especialmente os subprincípios da adequação e exigibilidade – desempenha também no âmbito daquilo que se convencionou chamar “contexto de descoberta”. Isto quer dizer que ele serve como conjunto de coordenadas a orientar o próprio processo de tomada de decisão sobre o que fazer. Isso permite até falar em uma certa indeterminação, um certo esfumaçamento da distinção entre descoberta e justificação das decisões judiciais.

É possível verificar também se os motivos escolhidos pelo administrador para embasar suas escolhas são reais, utilizando-se da teoria dos motivos determinantes²⁷. Deve ser verificado, de igual forma, se foram levados em consideração todos os elementos relevantes para a tomada da decisão, exigência de racionalidade decisória que decorre do princípio da razoabilidade, e, do mesmo modo, se houve violação frontal a outro princípio constitucional, por exemplo, o da isonomia.

O mais interessante, porém, é notar que existem situações excepcionais em que o próprio Poder Judiciário pode “fazer a escolha” e efetivamente formular políticas a fim de realizar os direitos. Isso é possível quando a discricionariedade, ínsita à liberdade de conformação que é constitucionalmente concedida aos Poderes Legislativo e Executivo, encontrar-se reduzida a zero, caracterizando, portanto, uma atividade vinculada. Esse é o caso da não proteção ou da proteção insuficiente do chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais, o qual se encontra fora da órbita de discricionariedade do Poder Público. É o que ensina Germana de Oliveira Moraes²⁸:

Nessas hipóteses de redução a uma solução unívoca entre as opções jurídicas, expressivo segmento doutrinário vem entendendo que, em rigor, não há substituição da decisão discricionária, quando há a redução da discricionariedade a zero, ou seja, nessas situações concretas, a decisão não se reveste de caráter verdadeiramente discricionário, porque sendo condicionada pelas circunstâncias de fato e de direito, não remanesce para o administrador, *in actu*, qualquer possibilidade de escolha - nota essencial da discricionariedade.

²⁷ OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades. RDA, Rio de Janeiro: FGV, n° 247, jan/abr, 2008, p. 90.

²⁸ MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1998, p. 163.

Enfim, trata-se de verificar a compatibilidade da decisão com os preceitos constitucionais, sem usurpação de função ou desrespeito ao princípio da separação de poderes²⁹.

2.5 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento da ADPF 45, *leading case* sobre o tema, decidiu que é possível o controle judicial de políticas públicas. Segundo o STF, como já defendido aqui neste trabalho, não há discricionariedade do administrador em aplicar ou não a Constituição.

É o que se percebe da leitura da ementa, abaixo reproduzida:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)
(STF. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento, 29/04/2004. Diário de Justiça Eletrônico, 04/05/2004)

Assim, desde que sejam utilizados critérios jurídicos (princípio da juridicidade), e que a atuação do Judiciário vise a resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais (mínimo existencial), é legítimo o controle judicial de políticas públicas.

²⁹MORAES, Germana de Oliveira, op. cit., pp. 152-163.

3 CONSIDERAÇÕES ESPECÍFICAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

3.1 A CONFORMAÇÃO INSTITUCIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Primeiramente, é preciso destacar que a Constituição Federal estabelece que a competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente entre União, Estados e Municípios (arts. 24, XII, e 30, II) e que a competência administrativa para formular e executar as políticas de saúde é comum aos três entes federativos. É essa conformação institucional que autoriza a conclusão de Luis Roberto Barros³⁰ no sentido de que “como as três esferas são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional”.

Assim, pode-se afirmar que as políticas públicas de saúde no Brasil são compostas, essencialmente, pelos seguintes dispositivos legais e textos normativos: arts. 196 a 200 da Constituição Federal; Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências; o seu regulamento, consubstanciado no Decreto nº 7.508/2011; e Lei complementar nº 141/2012, a qual versa sobre os valores mínimos a serem aplicados pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal em ações e serviços públicos de saúde.

Esse arcabouço normativo, além de um sem número de portarias e resoluções, institui, em linhas gerais, o que se denomina por Sistema Único de Saúde, o qual tem por objetivo realizar o direito social à saúde em todo o território nacional.

As diretrizes gerais do SUS, o qual compõe uma rede regionalizada e hierarquizada, consistem na descentralização dos serviços, com direção única em cada esfera de governo; no atendimento integral à população, com prioridade para atividades preventivas; e na participação da comunidade, nos termos do art. 198 da CF.

Nesse sentido, no âmbito da distribuição de competências, os princípios da regionalização e da hierarquização exigem uma distribuição racional dos serviços de

³⁰BARROSO, Luis Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direto à Saúde, Fornecimento de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In. NETO, C.P. S e SARMENTO, D. (Orgs). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 875-904;

saúde em todo o território nacional, com garantia de suporte técnico e de pessoal, buscando evitar-se a duplicidade no oferecimento dos serviços pelos entes federativos. É seguindo essa orientação que a Norma Operacional de Assistência à Saúde nº 01/02 (publicada pela Portaria nº 373/2002 do Ministério da Saúde) prevê que a União deverá executar os procedimentos de alta complexidade, os Estados os de média complexidade, e os Municípios os de baixa complexidade.

Esse é também o entendimento de Ione Maria Domingues de Castro³¹:

Regionalizar serviços não significa apenas distribuí-los espacialmente, mas o mais importante é organizá-los com um indispensável suporte técnico e de recursos humanos, com suficiência de recursos e poder decisório definido sempre de acordo com as necessidades da população. Um dos principais objetivos da regionalização é evitar a duplicidade de serviço. A organização dos serviços, feita de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos, é guiada pelo princípio da economicidade. Dessa forma, pode-se evitar o desperdício, o gasto injustificado de recursos, a oneração do custo de uma atividade ou de um programa de saúde.

Na mesma linha, e também visando a atender aos princípios e às atribuições elencadas no art. 200 da CF, a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS) estabeleceu uma divisão interna de competências no âmbito do SUS.

Conforme esse diploma legal, cabe à União, prioritariamente, a formulação de diretrizes gerais do sistema (a exemplo da elaboração das listas oficiais de fármacos fornecidos pelo Estado e dos procedimentos cirúrgicos realizados), o repasse dos recursos financeiros federais aos demais entes, bem como a execução de tratamentos de alta complexidade (art. 16). Como exemplo do exercício da referida competência, a Portaria GM/MS n.º 4.217³², de 28/12/2010, de autoria do Ministério da Saúde, estabelece normas gerais de financiamento e execução do componente básico da Assistência Farmacêutica, inclusive apresentando listas oficiais dos medicamentos fornecidos pelo SUS:

[Considerando às atribuições da Lei 8.080/90, o Ministro da Saúde resolve:]
Art. 1º Regulamentar e aprovar as normas de financiamento e de execução do Componente Básico do Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica, como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica do Sistema Único de Saúde, e definir o Elenco de Referência Nacional de

³¹CASTRO, Ione Maria Domingues de. Direito à Saúde no Âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?. 2012. 497f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 143.

³²É necessário fazer referência também à Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde que estabelece a Política Nacional de Medicamentos e define as diretrizes, as prioridades e as responsabilidades da Assistência Farmacêutica para os gestores federal, estadual e municipal do Sistema Único de Saúde (SUS);

Medicamentos e Insumos Complementares para a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica, conforme os Anexos I, II, III e IV a esta Portaria.

Aos Estados, a Lei nº 8.080/90 atribuiu atuação em caráter complementar a da União e a dos Municípios (art. 17).

Por fim, aos entes municipais, como forma de realizar o princípio da descentralização das competências no âmbito do SUS, restou a atribuição de executar a maior parte dos serviços de saúde pública oferecidos pelo sistema, na forma do art. 18 da L 8.080/90.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:
I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

Ressaltando o papel primordial dos Municípios na conformação da política pública de saúde instituída pela lei orgânica do SUS, fenômeno que se denomina de municipalização dos serviços de saúde, a doutrina de Marlon Alberto Weichert³³:

O princípio da descentralização dos serviços e ações de saúde refere um objetivo e um vetor a serem gradativamente implementados. É um princípio que se articula com o da regionalização e hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelos Municípios.(...)
Com a descentralização, o SUS remete a execução das ações e serviços públicos de saúde para os entes locais, que, próximos da população, possuem a melhor condição de avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção e tratamento. (...)
O SUS, ao combinar o princípio da descentralização com o da hierarquização, acaba por adotar internamente, relativamente à execução dos serviços, o princípio da subsidiariedade, no sentido de atribuir aos Estados e à União somente as tarefas que Municípios e Estados, respectivamente, não puderem executar satisfatoriamente, ou não requeiram dimensão regional ou nacional.

Desse modo, a União elabora normas gerais e repassa recursos financeiros aos demais entes, os Estados complementam as ações de saúde municipal e colaboram com a União na produção das normas orientadoras do sistema, e os Municípios, em regra, é que devem oferecer os serviços de saúde propriamente ditos à população local, prestando atendimento médico-hospitalar em hospitais e postos de saúde, gerindo o fornecimento dos medicamentos previstos no sistema por ato normativo da União, executando campanhas de saúde preventiva, por exemplo.

³³WEICHERT, Marlon Alberto. Saúde e Federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 166-167;

Ademais, é preciso ressaltar que assume papel fundamental na realização da política pública de saúde tanto a aprovação quanto a execução do Orçamento Público, seja do Ministério da Saúde, em âmbito federal, seja das Secretarias de Saúde estaduais e municipais, tendo em vista que é o orçamento que permite a efetivação prática das políticas de saúde elaboradas no plano normativo (ações de saúde).

Nas palavras de Régis Oliveira³⁴:

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas.

Nessa linha, além do fato da saúde ser financiada com recursos oriundos do orçamento da seguridade social (art. 198, §1º, CF), a própria Constituição Federal determinou a obrigatoriedade de aplicação de um percentual mínimo do orçamento em serviços e ações de saúde, conforme se extrai da leitura do art. 198, §2º, do seu texto. A Lei Complementar nº 141/2012 foi editada para regulamentar os critérios de rateio dos recursos provenientes dessa determinação constitucional. Nesse sentido, o art. 1º da LC nº 141/2012, abaixo reproduzido.

Art. 1º. Esta Lei Complementar institui, nos termos do § 3º do art. 198 da Constituição Federal:

I - o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde;

II - percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde;

III - critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais;

IV - normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Ainda segundo o referido diploma legal, a União aplicará como percentual anual mínimo nas ações e serviços de Saúde a variação do Produto Interno Bruto ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º); os Estados aplicarão o percentual mínimo de 12% incidente sobre o montante indicado no art. 198, §2º, inc. II, da CF (art. 6º); os Municípios aplicarão o percentual mínimo de 20% incidente sobre o montante previsto no art. 198, §2º, inc. III, da CF (art. 7º).

³⁴OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

Todavia, apesar de existente e relativamente eficaz, a política pública de saúde acima delineada gera inúmeras distorções no plano da realidade, violando, com isso, o direito fundamental à saúde que ela deveria proteger e realizar. Tais distorções resultam, por exemplo, do não planejamento adequado de como investir os recursos oriundos do orçamento destinados aos serviços e às ações de saúde; da execução ineficiente dos serviços e das ações oferecidos, com a negativa de atendimento a boa parte da população brasileira; da não previsão de tratamentos cirúrgicos de alta relevância e, o que apresenta maior visibilidade do ponto de vista de demandas perante o Poder Judiciário, da não alocação de medicamentos indispensáveis ao tratamento eficaz de inúmeras doenças graves que podem vir a acometer os cidadãos.

Em face disso, o Poder Judiciário tem prolatado reiteradas decisões em que se condena o Poder Público a realizar, no caso concreto, o direito fundamental à saúde, integrando as deficiências demonstradas na elaboração/execução da política pública de saúde no Brasil. Esse é o tema que desenvolveremos a seguir.

3.2 A INSUFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE EM CASOS CONCRETOS: PANORAMA DE DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O TEMA

Conforme já ressaltado na primeira parte deste trabalho, o Poder Judiciário possui legitimidade para, de forma excepcional, promover o controle jurídico de políticas públicas omissas ou insuficientes diante do caso concreto, a fim de conceder tutela jurisdicional aos direitos sociais albergados na Carta da República.

Ressalte-se que esse controle é essencialmente jurídico e realizado com base no princípio da proporcionalidade, o qual permite avaliar se houve excesso (limitação excessiva) na formulação da política pública ou proteção insuficiente, sendo ambas as hipóteses violadoras do direito fundamental em análise.

Alguns dos critérios para a identificação da deficiência das políticas públicas de saúde consistem em: a) a demonstração concreta de não cobertura da política em relação ao caso apresentado em juízo, a exemplo da necessidade de um medicamento não previsto pelas listas oficiais do SUS, da inexistência de leitos suficientes de emergência em determinada cidade do País, da ausência de equipamento médico-hospitalar essencial ao tratamento do paciente; b) a comprovação da impossibilidade da pessoa não

acobertada pela política pública em arcar financeiramente com os custos do seu tratamento de saúde, necessitando, portanto, de forma obrigatória, recorrer ao Estado; c) a inexistência de motivo legítimo que justifique a não cobertura do caso apresentado em juízo pela política pública existente, como exemplo, o paciente pode demandar determinado medicamento que ainda se encontra em fase de testes e, por isso, não foi integrado às listas do SUS;

Esse é também o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, em análise doutrinária do julgamento das suspensões de tutela antecipada (STA) de nºs 175 e 178, ambas de 2009³⁵:

No julgamento, o primeiro dado a ser considerado seria a existência, ou não de política estatal que abarcasse a prestação de saúde pleiteada pela parte.
(...)

Assim, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a falta de atendimento decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa no sentido de não fornecê-la ou de vedação legal.
(...)

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para a recusa. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender inexistentes evidências científicas suficientes para autorizar tal não inclusão.
(...)

Esse entendimento não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser tomada em relação a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento proporcionado não é eficaz no seu caso.

Passemos à análise de casos concretos.

Com base nos critérios acima delineados, a não concessão de medicamento indispensável ao tratamento de determinada doença à pessoa que não pode arcar com sua aquisição é hipótese violadora do núcleo mínimo do direito fundamental à saúde que autoriza a integração da política pública pelo Poder Judiciário, com a respectiva condenação do Poder Público na obrigação de fornecer gratuitamente o fármaco necessário. Tal é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgado abaixo colacionado.

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO

³⁵MENDES, Gilmar. Ob. Cit, p. 73.

OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).

Agravo regimental improvido.

(STJ. AgRg no REsp 1136549/RS. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, Julgamento: 08/06/2010, DJe 21/06/2010)

A falta de vagas em unidades de tratamento intensivo no único hospital público da cidade também viola o núcleo mínimo do direito à saúde no caso concreto e autoriza a atuação do Poder Judiciário, no sentido de integrar a política pública insuficiente.

ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social.

2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal.

3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido.

4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente.

5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão

estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da "limitação de recursos orçamentários" frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não comendo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes.

6. "A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador" (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010).

7. Recurso Especial provido.

(STJ. REsp 1068731 / RS. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 08/03/2012)

Da mesma forma, a não aquisição de equipamento médico hospitalar essencial à prestação do serviço de saúde em Hospital Universitário também é omissão que autoriza o controle legítimo de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico.

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a

administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Recurso especial parcialmente conhecido e improvido."

(REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 25.8.2009, DJe 16.9.2009.)

Aliás, esse julgado traz uma importante contribuição para a discussão do controle judicial de políticas públicas, uma vez que aponta como um dos critérios legitimadores da atuação do Poder Judiciário a formulação de um pedido razoável pelo demandante, uma vez que o indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas.

A posição do Supremo Tribunal Federal específica sobre o tema da efetivação do direito à saúde foi exarada na ADPF 45/04, anteriormente reproduzida, na qual ficaram assentadas as mesmas premissas aqui apresentadas. Aduz-se trecho de posicionamento do Pretório Excelso no âmbito do ARE 639337 AgR /SP, em que também ficou consignada a legitimidade do Poder Judiciário em controlar políticas públicas omissas para garantir a integridade do texto constitucional.

(...)

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e

aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.

(...)

(ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 23.08.2011, Dje: 15.09.2011)

Seguindo o entendimento dos tribunais superiores, há inúmeras decisões de juízes de primeiro e segundo graus que conferem o mesmo tratamento à matéria.

Dessa forma, tendo em vista o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito fundamental à saúde, enquanto dever do Estado, é de responsabilidade solidária de todos os entes federativos³⁶, indistintamente, sendo todos eles, portanto, partes legítimas em ações judiciais que tenham por objeto a sua discussão, é necessário discutir os impactos financeiros que a efetivação judicial do direito à saúde tem causado ao Erário.

3.3 O ATIVISMO JUDICIAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA TEORIA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’

A condenação do Poder Público na obrigação de realizar determinadas prestações concretas visando à efetivação do conteúdo mínimo do direito fundamental à saúde tem gerado uma situação *sui generis* no que se refere à gestão do Erário. Isso porque as obrigações de fazer, como a concessão de medicamentos, a construção de leitos e a compra de equipamentos médico-hospitalares, geram custos ao Estado que não

³⁶ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO.

1. Inexiste óbice ao julgamento do recurso, uma vez que o RESP 1.144.382/AL, submetido ao regime representativo da controvérsia, foi desafetado em 12.12.2012.

2. Ademais, conforme orientação firmada na QO no REsp 1.002.932/SP, não é necessário que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça paralise análise de matéria que vem sendo enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral.

3. O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, estados-membros e municípios, de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ. AgRg no Ag 1256237 / RS. Rel Ministro HERMAN BENJAMIN. Segunda Turma. DJe 10/05/2013)

foram previstos originariamente na lei orçamentária e, diante da necessidade de adimplemento imediato da decisão judicial condenatória sob pena das multas nela fixadas, não se submetem ao regime de precatórios estabelecido no art. 100 da CF para as obrigações pecuniárias do Estado.

Nas palavras de Osvaldo Canela Júnior³⁷:

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

Esse entendimento é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça³⁸, conforme se extrai do julgado abaixo indicado:

PROCESSUAL CIVIL. MEIOS DE COERÇÃO AO DEVEDOR (CPC, ARTS. 273, § 3º E 461, § 5º). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. CONFLITO ENTRE A URGÊNCIA NA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO E O SISTEMA DE PAGAMENTO DAS CONDENAÇÕES JUDICIAIS PELA FAZENDA. PREVALÊNCIA DA ESSENCIALIDADE DO DIREITO À SAÚDE SOBRE OS INTERESSES FINANCEIROS DO ESTADO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

Neste ponto, é cabível tecer alguns comentários sobre a teoria da reserva do possível, de origem na doutrina alemã³⁹, e geralmente apontada como limite material à realização dos direitos sociais pelo Estado.

É cediço que todo direito exige um custo para sua efetivação, e os direitos fundamentais de índole social não escapam dessa regra. Desse modo, indica-se que os direitos sociais devem ser realizados na medida das possibilidades financeiras do

³⁷CANELA JUNIOR, Osvaldo. Controle Judicial de Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

³⁸REsp 933.563-RS, 1ª Turma, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgamento: 05.06.2007, DJU 21.06.2007. Há outras decisões no mesmo sentido: Resp 900.458/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 13/08/2007; REsp 840912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; REsp 851.760/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/09/2006; EREsp 770.969/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 21/08/2006.

³⁹O caso emblemático e de repercussão internacional acerca da teoria da reserva do possível foi tratado na BVERFGE 33, 303, em decisão datada de 18/07/72, em que o Tribunal Constitucional Alemão entendeu ser incabível a pretensão do demandante no sentido de ter direito subjetivo a uma vaga na universidade. Nesta decisão consta que “fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade”. A referida decisão encontra-se disponível, na íntegra, em MARTINS, Leonardo. 50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Montevideu: Fundação KONRAD-ADENAUER, Oficina Uruguai, 2005, p. 664.

Estado, o qual deve fazer suas escolhas baseado em critérios de macrojustiça, buscando beneficiar o maior número possível de indivíduos, e não de modo a atender a pretensões individuais que violariam irremediavelmente o postulado da isonomia.

Ora, a premissa básica para o controle judicial de políticas públicas é a de violação do núcleo mínimo consubstanciador de um direito fundamental de índole social por meio de uma atuação insuficiente do Poder Público. Isso equivale a dizer que o mínimo vital é insuscetível de avaliação discricionária e deve, sempre, ser realizado pelo Estado, não havendo espaço para outra atuação conforme o direito nessa seara. Portanto, se o referido núcleo mínimo estiver sendo violado no caso concreto, o Estado tem o dever de remanejar recursos de outras áreas para suprir a omissão constatada e pode ser coagido a isso pelo Poder Judiciário.

É o que ensina o magistério de Ingo W. Sarlet⁴⁰:

Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais.

Não se ignora, todavia, a possibilidade real de inexistência fática de recursos materiais pelo Estado, e é, de igual forma, conhecido o brocado jurídico segundo o qual obrigações impossíveis de serem cumpridas não vinculam nenhum devedor (*Impossibilium nulla est obligatio*). Entretanto, o entendimento da doutrina e dos Tribunais superiores tem se firmado no sentido de que é ônus do Poder Público provar a ausência efetiva de recursos financeiros que justifiquem a impossibilidade de realizar as prestações impostas pelo Judiciário.

Nesse sentido, George Marmelstein⁴¹:

⁴⁰SARLET, Ingo W. FIGUEIREDO, Mariana F. . Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p 27. In: SARLET, I. W. e TIMM, L. B. (Org). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 13-50.

⁴¹MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.

Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. (...)

Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

E também o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 1.185.474/SC⁴², conforme trecho abaixo reproduzido:

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Esse ônus probatório atribuído ao Poder Público se torna ainda mais difícil de ser superado no modelo de execução orçamentária brasileiro, que institui um processo altamente complexo para a elaboração da lei orçamentária no qual é imposta a participação de todas as esferas de poder, bem como a realização de procedimentos formais para a alteração da destinação orçamentária inicialmente prevista, mas que, ao mesmo tempo, autoriza o chefe do poder executivo a não gastar o orçamento aprovado (orçamento autorizativo), independentemente de qualquer motivação, a fim de manter recursos em caixa que podem não receber qualquer outra destinação pública, formando o que se denomina por “superávit primário”.

Na lição de Eduardo Mendonça⁴³ (p. 377):

“O objetivo desse tópico era superar qualquer idéia romântica no sentido de que o orçamento autorizativo serviria para permitir que um administrador público iluminado pudesse realocar o dinheiro público para atender a

⁴²STJ. Resp. 1.185.474/SC. Rel. Min. Hermam Benjamim. Segunda Turma. Julgamento: 20.04.2010, Publicação: 29.04.2010.

⁴³MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas, p. 377. In. SARLET, I. W. e TIMM, L. B. (Org). Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 373-412.

necessidades sociais. Não é disso que se trata. Mais ou menos iluminado, o que o administrador público pode fazer, em razão do orçamento autorizativo, é decidir não fazer nada. Se quiser redistribuir o dinheiro público de uma atividade para outra, terá de seguir algum procedimento formal. Essas transferências ocorrem em muitos casos, mas até nesse ponto o orçamento autorizativo é contraproducente: ao permitir como opção normal que as dotações não sejam executadas, abre-se a possibilidade de que o Executivo postergue indefinidamente o emprego de recursos até que surja uma boa oportunidade política para modificar o seu emprego...”

Dessa forma, enquanto persistir esse modelo institucional e a respectiva existência de recursos públicos sem qualquer finalidade pública específica, não é possível considerar o argumento da reserva do possível como um limite sério à integração judicial das políticas públicas com o objetivo de tutelar direitos sociais de índole constitucional.

Apesar disso, as decisões judiciais que buscam efetivar direitos fundamentais prestacionais, como é o caso do direito à saúde, não podem dar causa a prejuízos ao Erário, o que é uma questão completamente diferente da limitação orçamentária antes apontada, conforme se discutirá no capítulo a seguir.

4 CONSEQUÊNCIAS IMPREVISTAS DO ATIVISMO JUDICIAL E A NECESSIDADE DE SE ASSEGURAR UMA CONTRATAÇÃO JUSTA PARA O PODER PÚBLICO NO CASO CONCRETO

A adoção de uma postura ativista por parte do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais albergados na Constituição Federal, com base no reconhecimento da força normativa dessas normas constitucionais, que são exigíveis, portanto, do Poder Público e que geram uma obrigação de fazer consistente na elaboração de políticas públicas as quais realizem de forma efetiva o conteúdo por elas protegido; e com fundamento, ainda, na necessidade de cumprir seu papel institucional e prestar tutela aos referidos direitos quando as políticas elaboradas se mostrarem insuficientes ou omissas no caso concreto, tem gerado algumas distorções na prática, a exemplo do favorecimento indevido de determinados particulares no decorrer desse processo.

Os efeitos imprevistos da efetivação dos direitos sociais, notadamente no que concerne ao direito à saúde, consistem no beneficiamento indevido de grandes aglomerados econômicos, a exemplo das indústrias farmacêuticas, de hospitais particulares de grande porte e de empresas construtoras.

Vejamos como esse processo ocorre.

Como já afirmado anteriormente, as obrigações impostas ao Poder Público para efetivar os direitos sociais geram repercussões econômicas e criam uma situação jurídica singular para o Estado. Isso porque tais obrigações precisam ser cumpridas de imediato, uma vez que tratam, em regra, de situações urgentes, como a construção de mais leitos em hospitais ou o fornecimento de um medicamento indispensável para determinado paciente não previsto nas listas oficiais do SUS, e que o próprio Poder Judiciário estabelece penalidades para o seu inadimplemento, não se submetendo, portanto, aos procedimentos normais de contratação pelo Estado.

Ora, é cediço que o objetivo da licitação é obter a contratação mais vantajosa para o Estado, ou seja, é uma forma de realizar o princípio da eficiência no âmbito da Administração Pública por meio da proteção do Erário em face de contratos que, realizados de uma outra maneira, lhe seriam prejudiciais⁴⁴.

⁴⁴Nesse sentido, a doutrina de Fernanda Marinela: “A licitação tem que ser um meio apto para a Administração perseguir o interesse público. Caso o procedimento coloque em risco esse interesse, ele será inviável, já que a licitação não pode prejudicar o que deve proteger. Ela não é um fim em si mesma,

Nas palavras do ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau, em trecho da ementa da ADI 3070⁴⁵:

3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

Assim, analisando hipoteticamente uma situação de normalidade, para adquirir determinado medicamento, o Poder Público, com base em dotação orçamentária existente, realizaria estudo prévio a fim de verificar quais os compostos que atenderiam, de forma satisfatória, a determinado tratamento médico-hospitalar. Em seguida, abriria uma licitação para que as empresas que eventualmente produzissem os compostos requisitados pudessem concorrer em condições de igualdade e, por fim, contrataria a proposta que melhor atendesse aos interesses do Ente Público.

O mesmo procedimento ocorreria com a construção de leitos hospitalares. Como regra, o Estado, sempre com a indicação dos recursos disponíveis, abriria licitação para que as empresas construtoras interessadas em executar o objeto do contrato, concorrendo entre si em condições de igualdade, oferecessem a proposta mais vantajosa à realização do interesse público.

Todavia, no caso de uma condenação judicial, esse procedimento é suprimido e o Poder Público se vê obrigado a contratar diretamente com os particulares para que possa realizar, de forma imediata, as prestações impostas pelo *decisum* do juiz.

De início, ressalte-se, conforme já analisado anteriormente, que a questão da dotação orçamentária não é um obstáculo sério à implementação dos direitos sociais. Entretanto, a supressão do instituto da licitação favorece, de forma indevida, determinados particulares que passam a contratar diretamente com o Poder Público à revelia de qualquer análise mais acurada das condições econômicas desse contrato.

mas um meio, um instrumento, para a proteção do interesse coletivo, não devendo jamais prejudicá-lo". In. MARINELA. F. Direito Administrativo. São Paulo: Impetus, 2010, p. 328.

⁴⁵STF. ADI 3070/RN. Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Julgamento: 29.11.2007, DJ: 19.12.2007.

É preciso pontuar que essa postura do Poder Judiciário, ao suprimir a licitação, pode estar favorecendo uma estratégia econômica das indústrias farmacêuticas, por exemplo, a fim de conseguirem mercado para seus produtos recém lançados. Não seria absurdo imaginar que os grandes laboratórios estivessem pressionando os médicos com o objetivo de que eles receitassem seus novos medicamentos como sendo os únicos adequados ao tratamento de determinadas doenças, se valendo do momento atual em que se encontra a questão da efetivação do direito à saúde pelos tribunais pátrios e auferindo, dessa forma, lucros exorbitantes com esse procedimento.

Nesse sentido, Chieffi e Barata⁴⁶ (p.3):

Os princípios de universalidade, integralidade e equidade do SUS acabam por favorecer a estratégia das indústrias de criar mercado para seus novos produtos. A inclusão de um medicamento em um dos programas de assistência farmacêutica significa um mercado cativo em um país no qual a maioria da população não tem recursos financeiros para arcar com os custos dos tratamentos médicos. A existência de um sistema público com abrangência universal, incluindo todo tipo de prestação de serviços e visando atender a todas as necessidades de saúde, garante um mercado aos produtos farmacêuticos, independentemente dos preços dos novos medicamentos. Se a indústria dependesse dos rendimentos individuais para a criação de mercado, ele seria certamente bastante restrito, dada a renda insuficiente da maioria da população brasileira. No entanto, quando o comprador passa a ser primordialmente o governo (federal, estadual ou municipal), esse mercado se amplia, possibilitando a introdução freqüente de inovações.

Em face dessa realidade, e considerando a necessidade de preservação do erário, também um direito fundamental dos cidadãos, nos casos de efetivação do direito à saúde em que exista mais de um produtor da substância ativa indicada como adequada ao tratamento do postulante, ou mais de uma empresa habilitada a construir leitos hospitalares, ou mais de um fornecedor do equipamento cuja aquisição foi demonstrada como necessária, gerando, dessa forma, a possibilidade de concorrência pela oferta de contratação, deve ser assegurado ao Poder Público o direito de realizar a compra pelo menor preço, afinal, o dever de proteção dos recursos públicos em face de contratos desvantajosos deve ser considerado no momento da prolação da decisão pelo órgão jurisdicional.

Nesse sentido, uma possibilidade interessante, para as situações em que há concorrência viável, além da determinação de compra imediata de determinado

⁴⁶CHIEFFI, A L e BARATA, R C B. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. Revista de Saúde Pública, 2010, vol. 44, nº 3, pp. 421-429, Disponível em: www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf, Acesso em: 03.10.2013.

medicamento, por exemplo, pelo Poder Público, por decisão de caráter liminar, seria a citação dos particulares produtores/fornecedores para integrarem a lide e apresentarem suas propostas de preço em juízo. No caso, se vier a ser demonstrado que o Poder Público, no atendimento urgente da liminar pagou um preço desvantajoso pelo fármaco, em face do princípio da indisponibilidade do interesse público que impõe a preservação do patrimônio público contra situações como essa, o laboratório que se beneficiou injustamente pelo cumprimento da decisão deve ser condenado a ressarcir o Erário pela diferença.

Por outro lado, é cediço que existem determinadas situações em que não há possibilidade de concorrência, seja porque não há interessados em apresentar propostas, seja porque só existe um produtor/fornecedor de determinado bem ou serviço. Nesses casos, também é necessário que o Poder Judiciário garanta à Administração a possibilidade de discutir em juízo se os preços estabelecidos pelo único interessado ou produtor/fornecedor dos bens ou serviços estão de acordo com a realidade do mercado, ou seja, se não está havendo abuso por parte do particular no caso concreto.

Tomemos o exemplo do *Mabthera*. O *Mabthera* é um medicamento que tem como substância ativa o Rituximabe e é utilizado, dentre outras possibilidades, no tratamento de pacientes com leucemia. A referida substância consiste em um anticorpo monoclonal que se liga ao antígeno CD20 ocasionando a morte de células cancerígenas. Ele é altamente recomendado a pacientes que não respondem de forma satisfatória à quimioterapia ou apresentam alergia a outros tipos de tratamento⁴⁷. Ocorre que o referido medicamento somente é produzido por um laboratório no mundo, o qual, em decorrência disso, pode fixar o preço que lhe aprouver para o composto. Ora, existem decisões judiciais condenando o Estado brasileiro (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) a conceder o *Mabthera* a pacientes que comprovadamente dele necessitam e não podem arcar com os custos da sua aquisição⁴⁸.

Nesse caso, como o referido medicamento não integra a lista de fármacos fornecidos pelo SUS, o produto é adquirido pelo Estado sem nenhuma negociação

⁴⁷European Medicine Agency. Resumo do Relatório Europeu de Avaliação. EMA 614203/2010. OUT/2010. Disponível em: formsus.datasus.gov.br/imgarq/10562/1467831_109700.pdf. Acesso em: 03.10.2013.

⁴⁸Como exemplo: STF. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 278-6/AL. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 22.10.2008, Publicação: 29.04.2010; No mesmo sentido: TRF 5. Apelação Cível: AC 200984000058925. Rel. Des. Sérgio Murilo Wanderley Queiroga. Julgamento: 24.05.2011, Publicação: 02.06.2011 e inúmeros outros.

prévia a fim de determinar um preço razoável para aquele o que poderia ser feito em caso da aquisição de estoques consideráveis pelo Poder Público; sem nenhum procedimento formal que pudesse resultar em uma quebra de patente da substância ativa, o que disponibilizaria o medicamento por um preço mais acessível à população e ao Poder Público; ou seja, o Estado se vê obrigado a pagar o preço fixado unilateralmente pelo laboratório produtor a fim de dar cumprimento a uma decisão judicial, gerando lucros consideráveis ao particular no caso concreto. Nessa situação, ocorre objetivamente um prejuízo ao Erário, uma violação ao princípio da eficiência administrativa e um enriquecimento indevido do laboratório farmacêutico.

Assim, ainda analisando exemplificativamente o caso do *Mabthera*, e, agora, levando em consideração a proteção do Erário em face de contratos que lhe seriam desvantajosos, e, por isso, prejudiciais a toda a sociedade, diante da dimensão pública de que estão revestidos tais recursos, é possível cogitar como legítima a integração do laboratório produtor do medicamento na relação processual, a fim de que forneça imediatamente o fármaco requisitado pelo autor e, simultaneamente, apresente proposta de preço para a aquisição do produto pelo Poder Público.

Dessa forma, com a maior celeridade processual possível, é satisfeita a pretensão do autor que demonstrou a necessidade urgente do medicamento como única alternativa viável para o seu tratamento de saúde, além da impossibilidade de arcar com recursos próprios pelos custos de sua aquisição. Por outro lado, assegura-se ao Poder Público a possibilidade de discutir se os preços estabelecidos pelo laboratório produtor não são abusivos, evitando a consumação de um prejuízo irreversível ao Erário.

Abaixo, tem-se o exemplo de uma decisão judicial, ainda isolada, em que se determinou a citação do laboratório produtor para que prestasse informações acerca de um medicamento que ainda se encontrava em fase de estudos, isto é, integrou o laboratório à lide para que fornecesse elementos essenciais ao deslinde adequado da controvérsia pelo órgão jurisdicional, o que *mutatis mutandi* é a tese que se está defendendo neste trabalho.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. UNIÃO. ESTADO. MUNICÍPIO. ATENDIMENTO PELO SUS. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA*. MEDICAÇÃO EM ESTUDO. CITAÇÃO DO LABORATÓRIO.

1. Tratando o pedido de fornecimento de medicamento disponibilizado pelo SUS, a adequação desse sistema, ao fornecimento de medicamentos para as situações de exceção, deve ser coordenada entre as três esferas políticas:

União, Estado e Município, não sendo permitido, dado o texto constitucional, imputar-se a responsabilidade a apenas um dos operadores.

2. Sendo medicação em estudo, necessário se conhecer as razões da paralisação da dispensação do fármaco, o que indica a necessidade de citação também do laboratório.

3. Não sendo a medicação destinada ao afastamento do risco de vida, as circunstâncias do caso não propiciam o deferimento da liminar, de alto custo ao sistema de saúde.

(TRF-4. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AG 105/RS 2009.04.00.000105-6. Rel. SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA. Quarta Turma, Julgamento: 16.09.2009, Publicação: 28.09.2009)

Ademais, no caso da efetiva demonstração, em juízo, da abusividade dos preços ofertados e da ausência de outro produtor do fármaco, é cabível a determinação judicial da quebra de patente (licença compulsória) do medicamento a fim de possibilitar que laboratórios públicos ou particulares o produzam e restabeleçam uma situação de normalidade no mercado⁴⁹.

É o que esclarece Patrícia Luciane de Carvalho⁵⁰, defendendo a legitimidade, em casos excepcionais, do licenciamento compulsório com base no direito internacional, notadamente no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio para o Desenvolvimento – TRIPS.

A possibilidade de concessão de licença compulsória para os casos de reequilíbrio local do direito à saúde, por meio do acesso a medicamentos, é possível (artigo 31 do TRIPS). Tem-se em vista o princípio da não discriminação entre bens produzidos internacionalmente com produtos nacionais (artigos 3 e 4 do TRIPS e também da OMC) e a justificativa de estar em risco a proteção do direito à vida, à dignidade e à saúde.

Nesse ponto um esclarecimento se faz necessário. Não se está defendendo aqui uma postura de retrocesso social no que se refere à efetivação de um direito fundamental prestacional a quem comprovadamente dele necessite em uma situação concreta. Pelo contrário, o que se está a afirmar é que não é razoável que o Poder Judiciário condene o Estado a satisfazer obrigações que, se por um lado irão realizar o núcleo mínimo do direito à saúde no caso concreto, terão por consequência o favorecimento indevido de grandes grupos econômicos em detrimento do Erário, cuja proteção também é garantia fundamental da coletividade. Ora, o princípio da

⁴⁹Neste caso, o juiz deve dar ciência, ainda, de sua decisão aos órgãos de proteção e defesa do consumidor para que, no exercício de duas atribuições institucionais, investiguem se o abuso de preço está ocorrendo de forma indiscriminada, em prejuízo dos consumidores em geral.

⁵⁰CARVALHO, Patrícia Luciane de. O direito internacional da propriedade intelectual: a relação da patente farmacêutica com o acesso a medicamentos, pp. 23-24. In. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V. 103, Jan/Dez de 2008, pp. 843-874.

proporcionalidade se aplica a todas as esferas de poder, inclusive ao Judiciário quando da prolação de suas decisões.

Esse é o entendimento de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins⁵¹:

O exame da proporcionalidade valoriza a harmonia entre os titulares das funções legislativa e jurisdicional, ao mesmo tempo em que se observa o princípio da democracia no quadro do Estado constitucional de direito contemporâneo. Nesse âmbito, a proporcionalidade deve ser entendida como regra ou critério decisório para problemas de concretização de direitos fundamentais, principalmente, colimando-se o seu efeito clássico de representar óbice à ação estatal.

Na mesma linha, a lição de Daniel Mitidiero⁵², no sentido de que a decisão jurisdicional, notadamente quando envolver a discussão de direitos fundamentais, deve ser gerida em um ambiente democrático, considerando todos os argumentos relevantes para o caso, com o fim de que seja substancialmente justa para todas as partes envolvidas.

O Estado Constitucional também revela a sua juridicidade no processo, mas já aí no quando das decisões do juiz, que devem ser necessariamente justas e dimensionadas na perspectiva dos direitos fundamentais (materiais e processuais). Decisões, aliás, gestionadas em um ambiente democrático, mas impostas assimetricamente pelo Estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁵³:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido - deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade dos juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de uma raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.

Desse modo, é exigência de racionalidade decisória que o comando judicial exarado pelos juízes indique meios alternativos aptos a evitar o referido efeito danoso resultante da efetivação dos direitos sociais e que possam garantir uma contratação justa

⁵¹DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2011, p. 186-187.

⁵²MITIDIERO, Daniel. Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: o Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo. 2007. 147f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 55.

⁵³MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 108.

para o Poder Público no caso concreto, sob pena se promover o exercício inconsequente da atividade jurisdicional pelo Estado.

Nesse sentido, a ampliação subjetiva da relação processual com a inclusão no pólo passivo dos laboratórios fornecedores ou produtores do medicamento, a apresentação das propostas de preço em juízo, como mecanismo de instrução processual apto a conferir ao juiz todos os elementos necessários para que prolate uma decisão que atenda, de forma satisfatória, os interesses de todas as partes envolvidas na lide, e a eventual condenação dos particulares beneficiados pela satisfação imediata de decisões proferidas em caráter liminar são medidas de boa técnica processual que realizam substancialmente o conteúdo do devido processo legal, assegurando igualdade de tratamento às partes, conferindo efetividade aos poderes instrutórios do juiz na busca da verdade real, e propiciando, por fim, a prolação de decisões judiciais substancialmente justas⁵⁴. Dessa forma, são medidas que devem ser observadas pelo órgão jurisdicional em caráter obrigatório.

Nas palavras de Luiz G. Marinoni⁵⁵:

Acontece que a decisão é o ato máximo de posituação do poder jurisdicional, isto é, a razão do seu acontecimento e desenvolvimento. O processo, ao culminar em decisão que coloca o direito fundamental em confronto com a lei infraconstitucional, requer abertura à participação e observância de desenvolvimento argumentativo peculiares, inclusive do próprio juiz. Um processo que termine em decisão ilegítima, ou que não se estruture de modo a propiciar uma decisão legítima, não constitui instrumento idôneo ao Estado Constitucional.

Ademais, existem, ainda, outras medidas processuais que também devem ser adotadas para que a decisão final acerca da integração da política pública de saúde seja substancialmente justa e siga o paradigma do processo devido, a exemplo da necessidade de se individualizar a responsabilidade dos entes públicos integrantes do processo, a fim de evitar o cumprimento simultâneo e integral da obrigação imposta na decisão por mais de uma entidade federativa e, de igual forma, não dar causa a prejuízo ao Erário.

Portanto, é dever do Poder Judiciário, quando do exercício da sua missão institucional de concretizar direitos fundamentais de índole prestacional, por meio da

⁵⁴Destaca-se, nesse aspecto, a lição de Daniel Mitidiero, no sentido que “Dentro do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial aparece como algo irreversível, sendo essa posição diretiva e engajada do Estado-juiz um componente essencial do modelo cooperativo de processo”. In. Ob. Cit, pp. 72-73.

⁵⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. Cit, pp. 400-401.

integração do conteúdo de políticas públicas deficientes em face dos casos concretos que lhe são apresentados, prolatar decisões razoáveis, que atendam a todos os interesses envolvidos na lide, isto é, não só os do particular que necessita, de forma imediata, da satisfação de sua pretensão constitucional, mas também os interesses do Erário, com a proteção do patrimônio público, e o respectivo impedimento de que grandes grupos econômicos se beneficiem desse processo.

5 CONCLUSÃO

O reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, nelas incluídas os direitos sociais, representou o marco teórico dogmático que permitiu a expansão da jurisdição constitucional e, por consequência, do ativismo judicial, o qual visa, em essência, a proteger o conteúdo das normas fundamentais do texto magno.

Nessa constante expansão das possibilidades de atuação dos juízes, surgiu a necessidade de fixação de parâmetros seguros para que a jurisdição constitucional pudesse ser exercida de forma legítima, notadamente no que se refere à efetivação dos direitos prestacionais, os quais implicam o controle das políticas públicas elaboradas pelo Estado (Poder Executivo e Poder Legislativo) para realizar o seu conteúdo.

Como corolário disso, apesar de reconhecida a liberdade de conformação dos direitos sociais aos Poderes Executivo e Legislativo, é legítimo o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário com base em critério exclusivamente jurídicos, especialmente o princípio da proporcionalidade, em casos de omissão ou insuficiência das referidas políticas demonstradas no caso concreto, a fim de assegurar proteção ao mínimo consubstanciador do direito fundamental a quem reclama a jurisdição do Estado.

Com base nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal decidiu a ADPF 45/04, caso paradigma para o controle judicial de políticas públicas no Brasil.

Ademais, é cediço que o direito social que mais intensamente vem exigindo a atuação do Judiciário brasileiro é o direito à saúde.

De fato, apesar de existente e relativamente eficaz, a política pública de saúde, a qual consiste, essencialmente, no Sistema Único de Saúde, gera inúmeras deficiências no plano da realidade que geram a violação do direito à saúde no caso concreto.

Nesse sentido, a não concessão de medicamentos essenciais ao tratamento de saúde de determinados pacientes, a não existência de leitos de Unidades de Tratamento Intensivo em quantidade adequada à população de determinada localidade e a não aquisição de equipamento médico-hospitalar indispensável ao tratamento de certas doenças são casos em que os tribunais superiores entendem como violado o núcleo

mínimo do direito à saúde e que, portanto, autorizam a atuação do Poder Judiciário no sentido de integrar as políticas públicas insuficientes.

Em face dessa realidade e do entendimento das cortes superiores, é cada vez maior a quantidade de decisões judiciais que condenam o Estado em obrigações de fazer no âmbito da efetivação do direito à saúde, trazendo inequívocas repercussões ao Erário.

Nesse sentido, apesar de não poder ser considerado como sério o argumento da reserva do possível, uma vez que existem recursos públicos sem destinação específica na organização do modelo orçamentário brasileiro (orçamento autorizativo), existe um efeito danoso aos cofres públicos resultante das decisões que buscam garantir o direito à saúde no caso concreto. Tal efeito consiste no favorecimento indevido de grandes grupos econômicos por essas decisões judiciais que retiram do Estado a possibilidade de discutir preços e, por consequência, realizar uma contratação justa, que proteja o Erário.

Ora, a proteção do Erário em face de contratos desvantajosos é também um direito fundamental dos cidadãos, razão pela qual é necessário que o juiz, nos casos de efetivação do direito à saúde, integre à lide os particulares interessados em fornecer bens ou serviços ao Estado para que, na instrução do processo judicial, seja auferida a justiça dos preços ofertados. Isso, é claro, sem prejuízo da concessão imediata, por via de tutela de urgência, da proteção devida ao outro particular, este hipossuficiente, que necessita do bem jurídico consistente no direito a um tratamento de saúde adequado no caso concreto.

Nesse sentido, é exigência de racionalidade decisória e, portanto, de uma decisão substancialmente justa, nos termos do paradigma do processo devido, que o juiz considere, durante o desenvolvimento da marcha processual e especialmente no momento de prolação da decisão, os interesses de todas as partes envolvidas, compondo de forma ótima o litígio, e isso somente é possível, no caso da efetivação do direito à saúde, com a garantia de proteção do Erário em face de contratos que lhe seriam potencialmente danosos. Assim, é devida a integração dos particulares ao processo para que seja assegurado ao Estado o direito de discutir os preços que terá que pagar no caso concreto.

6 BIBLIOGRAFIA

- ARON, Raymond. **As Etapas do Pensamento Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. RDA nº. 240, 2005, pp. 83/105, ABR/JUN.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, Julgamento, 29/04/2004, Diário de Justiça Eletrônico, 04/05/2004.
- BERCOVICI, Gilberto. **A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Ano 36, Nº 142, Abr/Jun, 1999, pp. 35-52.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos**. In. BUCCI, M. P. D (Org). Direitos humanos e políticas públicas, São Paulo: Pólis, Caderno Pólis 2, 2001.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARVALHO, Patrícia Luciane de. **O direito internacional da propriedade intelectual: a relação da patente farmacêutica com o acesso a medicamentos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V. 103, Jan/Dez, 2008, pp. 843-874.
- CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à Saúde no Âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?**. 2012. 497f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CHIEFFI, A L e BARATA, R C B. **Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos**. Revista de Saúde Pública, 2010, vol. 44, nº 3, pp. 421-429, Disponível em: www.scielo.br/pdf/rsp/v44n3/05.pdf, Acesso em: 03.10.2013.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2011.

FREITAS, Juarez. **O Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. **A proporcionalidade em sentido estrito e a “Fórmula do Peso” de Robert Alexy: significância e algumas implicações**. Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 31, nº 65, Jan/Jun, 2007, pp. 25-42.

HEIDEGGER, Martin. **"Conferências e escritos filosóficos"**. São Paulo: Nova Cultural, Coleção “Os Pensadores”, 1989.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Salvador: Juspodivm, 2009.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. ALMEIDA, Plínio Régis Baima de. **Constituição e Idealismo – O Dilema da Efetivação Constitucional sem a Política**. Revista Controle, Fortaleza: Tribunal de Contas do Estado do Ceará, vol. IX, nº 1, Jan/Jun, 2011, pp. 11-36.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **O Supremo Tribunal Federal como “tribunal político”: observações acerca de um lugar comum do direito constitucional**. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, Nº 180, Out/Dez, 2008, pp. 375-390.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. São Paulo: Impetus, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

- MARTINS, Leonardo. **50 Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevidéo: Fundação KONRAD-ADENAUER, Oficina Uruguaí, 2005, p. 664.
- MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio. BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Gilmar. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MITIDIERO, Daniel. **Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: o Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo Valorativo**. 2007. 147f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1998.
- OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades**. RDA. Nº 247, 2008, pp. 57-97, JAN/ABR.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e 'reserva do possível'**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SANCHÍZ, Luis Prieto. **Los derechos Sociales y el principio de igualdad sustancial**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Nº. 22, 1995, pp. 9-57.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.