

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O ESTADO DA ARTE VISTO PELO DIREITO. DECISÕES E ARGUMENTOS

Alexandre Luna da Cunha¹

“Para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é o caminho de volta à sua própria humanidade.”²

Sumário: Introdução. I. Direito à saúde: direito fundamental enquanto direito social. II. A efetivação de direitos mediante Políticas Públicas. 2.1 Considerações: a) Mínimo existencial. B) Reserva do possível. III. Questões problemáticas da judicialização do direito à saúde. IV. Proposta de solução do STF. V. Conclusões. Referências.

Resumo: Esse artigo tem o objetivo de analisar a efetivação do direito à saúde constitucionalmente estabelecido. Para tanto, parte de ampla pesquisa doutrinária acerca do estudo das políticas públicas, captando o desenvolvimento desta doutrina na seara das Ciências Sociais. A partir daí, debruça-se sobre a apreensão pela ciência do Direito sobre o objeto de estudo das políticas públicas. A partir desta reflexão, estabelece-se o entendimento do direito à saúde estabelecido pela doutrina, analisando a problemática própria da judicialização deste direito para refletir acerca da proposta de parâmetro de atuação do Poder Judiciário estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal. Para ao final traçar caminho acerca de políticas públicas e a efetivação do direito à saúde.

¹ Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho – SP. Doutor em Direito pela Universidade Mackenzie – SP.

² BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 165.

Palavras-Chave: efetivação do direito à saúde – políticas públicas - judicialização – problemas e soluções.

Abstract: This article aims to analyze the realization of the right to constitutionally established health. Therefore, part of extensive research about the doctrinal study of public policy, capturing the development of this doctrine in the harvest of Social Sciences. Thereafter, focuses on the apprehension by science Law on public policy study object. From this reflection, establishes the understanding of the right to health established by doctrine, analyzing own the legalization issue of the right to reflect on the performance parameter proposal of the judiciary established by the Supreme Court. To the end tracing way about public policies and the realization of the right to health.

Keywords: ensuring the right to health - public policy - judicialization – problems and solutions.

INTRODUÇÃO



presente artigo tem o objetivo de contribuir com as reflexões doutrinárias e jurisprudenciais no que tange a efetivação de direitos sociais. Em especial, será analisado o direito à saúde e a problematização na tentativa de efetivação deste direito por via judicial.

Para tanto, inicialmente identificar-se-á os conceitos de direitos fundamentais e direitos sociais, políticas públicas, localizando o direito à saúde como direito fundamental, apontando a problemática própria da efetivação de direito fundamental por via judicial, verificando a proposta do STF acerca dos parâmetros para essa atuação, indicando conclusões e referências.

I. DIREITO À SAÚDE: DIREITO SOCIAL ENQUANTO

DIREITO FUNDAMENTAL.

A problemática da efetivação de direitos torna imperioso a reflexão acerca dos conceitos jurídicos de direitos fundamentais e direitos sociais para que se possa localizar o correto enquadramento do direito à saúde.

A doutrina jurídica se debruçou com intensidade sobre a reflexão da temática dos direitos fundamentais, em especial após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tendo José Afonso da Silva (2008. p. 178) construído o seguinte conceito de direitos fundamentais:

“prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.”

Na manifestação de Paulo Bonavides (2009. p. 659 / 660), a conceituação de direitos fundamentais está relacionada com a própria razão de ser do Estado social e democrático de direito, afirmando:

“(...) os direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista (...) que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria constituição (arts. 1º, 3º e 170) que fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art.60, §4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais”

A doutrina jurídica também refletiu acerca do conceito jurídico de direitos sociais. José Afonso da Silva (2008. p. 286/287) construído o seguinte conceito de direitos sociais:

“dimensão dos direitos fundamentais representada por prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”

Assim, José Afonso da Silva (2008. p. 184) conclui

afirmando que os direitos sociais são direitos fundamentais e, por isso, gozam das mesmas prerrogativas e proteções dos direitos fundamentais previstos de forma expressa na Constituição Federal.

É assim que se pode afirmar que a conceituação de direitos fundamentais, e suas garantias e prerrogativas, abrangem também os direitos sociais. Esta afirmação é feita da seguinte forma:

“... direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6º.: saúde,)...”

Concluindo de forma categórica:

“A Constituição, agora, fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos individuais, consubstanciados no seu art. 5º., estão contaminados de dimensão social, ...”

Para, finalmente, afirmar a impossibilidade de separação entre direitos fundamentais e sociais:

“É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem.”

“(...) nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais.”

II. A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS MEDIANTE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Pode-se afirmar que a temática política pública tem origem na ciência política e na ciência da administração pública, nas quais fixa seu campo de interesse nas relações entre a política e a ação do poder público. Não obstante, a ciência jurídica abarca a reflexão do tema sob o viés da concretização de direitos, conforme Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 1).

Vale ressaltar que em língua portuguesa parece haver certa confusão entre as concepções do termo política – problema que a língua inglesa resolve empregando em seus distintos significados os termos *politics* e *policy* com bem assevera Leonardo Secchi (2010, p. 1). Assim, é possível identificar para o mesmo termo em português - “política” - dois significados distintos.

O primeiro deles, como apontado por Norberto Bobbio (1998), é a atividade humana ligada a obtenção e manutenção de recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem. É o sentido corriqueiro de política como a atividade do homem relacionada ao termo *politics* do inglês. O segundo dos sentidos, relacionado ao termo inglês *policy*, tem relação com a decisão e a ação do Estado para a realização de alguma finalidade.

O desenvolvimento do conceito de políticas públicas tem início com os trabalhos acadêmicos da área de ciências sociais de quatro pesquisadores principalmente: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D Easton, como bem ressalta Celina Souza (2007, p. 67). Nestes estudos iniciais já se fazia presente a distinção de interesses individuais e coletivos e pretendia-se a autonomia do conceito de políticas públicas em oposição ao conceito de política social. Essa diferenciação guarda íntima relação com a noção de Estado de bem-estar social (*Welfare State*) – dirigente, prestacional e marcado pelo compromisso de promover os reclamos sociais³.

Ronald Dworkin (1978, p.22), um dos sociólogos contemporâneos a estabelecer um conceito de políticas públicas (*policy*) o fez da seguinte forma:

“aquela espécie de padrão de conduta (standard) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra

³ Essa relação é bem analisada na obra de Rodrigo Albuquerque de Victor: VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil*. São Paulo: Saraiva, 2011 Série IDP. p. 17 e ss.

uma mudança hostil.”

Este conceito surge da contraposição de política e princípio. A ideia geral é que as reflexões jurídicas acerca de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer uma meta ou finalidade coletiva, como bem observa Fabio Konder Comparato (1998, p. 44).

A área da administração pública também se ocupa da análise do conceito de políticas públicas. Assim, é de se destacar o conceito proposto por Pedro Muñoz Amato (1971, p. 9):

“O termo tanto pode significar a formulação quanto a execução das normas; também poderia ser interpretado mais restritamente, como equivalente a execução. Em todo caso, a realização da política pública, dos objetivos do Estado, é a tarefa que na realidade executam conjuntamente os cidadãos, os partidos políticos, as associações, os parlamentos, os tribunais, os órgãos da opinião pública, os grupos de interesses econômicos, os funcionários do Poder executivo e outros agentes.”
(grifos do autor)

Cabe analisar como o conceito de políticas públicas adentra o mundo jurídico, ou seja, de que forma a temática passa a chamar a atenção da doutrina jurídica que formula seus conceitos sobre o novo objeto de estudos.

Sem dúvida alguma há relação com a maior importância que o Poder Judiciário passa a exercer na sociedade – o que não deriva simplesmente de ativismo judicial como uma análise apressada possa concluir. Na verdade, a preponderância de tal poder tem origens em processos mais complexos e permanentes. Por exemplo, no final da II Grande Guerra Mundial um tribunal judicial foi especialmente constituído para julgar crimes de guerra – o Tribunal de Nuremberg. Por exemplo com a preocupação do *Welfare State* em promover certos direitos sociais em oposição à formalismo jurídico do Estado liberal.

A democracia constitucional clama por um Poder Judiciário capaz de exercer a jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano, como bem assevera Luiz Werneck Vianna

(2007, p. 39). Antoine Garapon (1999, p. 123), nesse contexto, fixou os contornos desse desenvolvimento ao cunhar a frase: “o Judiciário se tornou um moderno muro das lamentações”.

Desse contexto surge um rico diálogo entre as doutrinas das ciências sociais e a jurídica. No Brasil, pode-se apontar a pesquisa e os escritos de Maria Tereza Sadek⁴ - pesquisadora do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais. A autora afirma:

“o juiz ‘boca da lei’ é hoje, na melhor das hipóteses, um recurso de retórica. De figura acanhada e quase anódina, magistrados têm marcado presença na arena pública, participando ativamente dos fatos mais importantes dos fatos mais relevantes”.

Na doutrina estrangeira, pode-se ressaltar o trabalho de William H. Clune – representante da proximidade dos campos de reflexão do direito e da ciência política por seus estudos e pesquisa na área de políticas públicas – como bem assinalado por Maria Paula Dallari Bucci (2001, p. 6). Afirma William H. Clune (1991, p. 1) que:

*“By definition, all law is public policy, in that is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that depends on laws and lawmaking for at least some aspects of its existence”.*⁵

Na doutrina jurídica, entende-se políticas públicas como a concretização de direitos sociais, numa abordagem que estabelece o “jurídico” em políticas públicas. Essa nova abordagem – que foca na realização de direitos e menos na teorização pura – pode ser ilustrada pela passagem crítica às ciências sociais apontada por Boaventura de Souza Santos (2006, p. 18):

“é próprio da sociologia reivindicar um ângulo de observação

4 Em especial: SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena política: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). O controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 19.

⁵⁵ Tradução livre: “Por definição, todo direito é política pública, pois a vontade coletiva da sociedade é expressa em normas obrigatórias; e toda política pública é direito; pois ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos em algum aspecto da sua existência”.

e análise, um ângulo que, não estando fora do que observa ou analisa, não se dissolve completamente nele. Qual é, pois, esse ângulo e como mantê-lo nas condições presentes e próximas futuras? A rapidez, a profundidade e a imprevisibilidade de algumas transformações recentes conferem ao tempo presente uma característica nova: a realidade parecer ter tomado definitivamente a dianteira sobre a teoria. Com isso, a realidade torna-se hiper-real e parece teorizar-se a si mesma. Essa autoteorização é o outro lado da dificuldade das nossas teorias em darem conta do que se passar e, em última instância, da dificuldade em serem diferentes da realidade que supostamente teorizam”.

Assim, quando a ciência jurídica se debruça sob o conceito de políticas públicas traz suas formulações típicas, dentre elas que a realização de direitos sociais que devem ser implementados por atos próprios dos poderes constituídos.

Esse movimento pode ser apreendido pela manifestação de Evandro T. Homercher e Sandro Trecastró Bergue (2011, p. 408):

“A partir do momento em que a sociedade passa a exigir condutas comissivas, o Estado passa de ente protetor das liberdades individuais para agente indutor de políticas concretizadas dos anseios sociais. mas para compreensão dessa nova perspectiva torna-se imprescindível abstrair o sentido de política enquanto exercício partidário, para afirmar-se como um instrumento de condução, de programa de ação.” (grifo do autor)

Ressalta-se o conceito de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39):

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando ordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”

No mesmo sentido, Oswaldo Canela Junior (2011, p. 153):

“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.”

Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p. 317) conceitua ressaltando o aspecto negativo e a possibilidade de controle judicial:

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

Portanto, sendo políticas públicas conceituada como a concretização de direitos, a partir de atos próprios dos poderes constituídos, refletidos num programa de ação governamental, as ações que visam garantir o atendimento de determinado direito individualmente requerido, ficam excluídas deste conceito⁶.

O conceito de políticas públicas cabe apenas quando se tratar de situação na qual se requeira direito difuso e coletivo ou ainda, quando numa ação individual haja requerimento de tutela coletivizante⁷.

Os direitos difusos e coletivos têm instrumentos processuais específicos de proteção, como a ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa. Mas também uma demanda individual pode proteger direitos difusos e coletivos, como por exemplo, numa ação

⁶ Não se trata de desmerecer aquele que litiga pela garantia e efetividade de seus direitos. Ao contrário. Mas o direito que cabe a cada cidadão não está abarcado num conjunto de atos que tenha por objetivo a efetividade de um direito a todos os cidadãos, sendo esse a natureza própria de políticas públicas. Esta constatação parece basilar, mas é descuidada pela doutrina.

⁷ Sobre o tema da tutela coletivizante vide GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

que requeira não a concessão de medicamento para o pleiteante individualmente, mas que o medicamento pleiteado, que não faz parte da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo sistema público de saúde, seja incluído na aludida lista⁸.

Não apenas a ciência jurídica foca suas considerações na realização de direitos como também avança na análise de quais direitos devem ser realizados e como estes direitos devem ser realizados. Com efeito, o ponto central sublinhado pela doutrina jurídica, pode ser descortinado pela ilustração de Pedro Demo (1997, p. 13):

“en torno de la ciudadanía y los derechos humanos predomine el discurso e y no la práctica, ya es hora de pensar cómo puede o debe insertarse esta problemática en la política pública y la planificación para tomar parte definitiva en el desarrollo nacional. Con frecuencia el Estado aparece también como el villano de esta historia, ya que, antes que nada, sirve a la elite, lo que desde luego plantea cuestiones complejas y específicas en términos de su función frente a la participación popular. La tradición brasileña de colocar siempre en el mismo lugar la asistencia social e la promoción de las asociaciones comunitarias expone con sarcasmo secular su incapacidad de distinguir el espíritu de la cosa. Dentro de la lógica del poder, se tenderá a reproducir en la población la condición de massa manipulable para evitar el control democrático sobre gobernantes y elite”.⁹

⁸ Sobre o tema ver o texto de lavra do Prof. Dr. Kazuo Watanabe in.: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. pp. 799 – 800.

⁹ Tradução livre: “acerca da cidadania e dos direitos humanos predomina o discurso e não a prática, já é hora de pensar como pode ou deve esta problemática ser inserida nas políticas públicas e no planejamento para ser parte definitiva do desenvolvimento definitivo nacional. Muitas vezes, o Estado também aparece como o vilão desta história, já que, em primeiro lugar, serve à elite, que naturalmente suscita questões complexas e específicas em termos de sua função em face da participação popular. A tradição brasileira de sempre colocar no mesmo lugar a assistência social e a promoção de associações comunitárias expõe com sarcasmo secular sua incapacidade de distinguir o espírito da coisa: Dentro da lógica do poder, tendem a reproduzir na população a condição de massa manipulável para evitar o controle democrático sobre os governantes e elite”.

É nesse contexto que ganha importância a análise de dois elementos fundamentais – o mínimo existencial e a reserva do possível – para a formulação de um conceito jurídico de políticas públicas que não apenas mencione a realização de direitos. O objetivo é que o conceito jurídico de políticas públicas possa incorporar dois novos elementos – inicialmente tidos como restritivos – ampliando o objeto de pesquisa políticas públicas para o signo efetivo da realização de direitos.

2.1 CONSIDERAÇÕES:

A) MÍNIMO EXISTENCIAL

O objeto de políticas públicas judicialmente requerido é que conduz à análise do conceito de “mínimo existencial”. Na medida em que se estabelece políticas públicas como a concretização de direitos sociais, há que se investigar de que direitos sociais tratam as políticas públicas.

A ideia de programa das políticas públicas bem casa com os objetivos fundamentais, como os esculpidos no artigo 3º. da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, bastante ilustrativo é o no artigo 1º. da Constituição Federal de 1988.

Fica assentada a base de que a dignidade da pessoa humana é fio condutor do mínimo existencial, no sentido de ser dever do Estado garantir, por intermédio de programas de políticas públicas, a efetividade de certos direitos mínimos, como bem assevera Ana Paula de Barcellos (2002, p. 38).

Por isso afirmar-se que “os direitos cuja implementação dependem da formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana”, conforme Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 87).

Identificar o mínimo existencial a partir do princípio da dignidade da pessoa humana é conclusão lógica que decorre da

própria sistemática do texto constitucional. Nem tão simples, por outro lado, é listar quais direitos compõem esse mínimo existencial, conforme Sidnei Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique (2006, p. 387).

Há postulações de que o mínimo existencial é composto dos direitos à educação fundamental, saneamento básico, concessão de assistência social, tutela do ambiente e acesso à justiça, conforme Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 92).

Há afirmações no sentido de não ser possível identificar de forma clara e objetiva os direitos que comporiam o mínimo existencial na medida em que é impossível identificá-los, pois há variações segundo lugar, tempo, padrão socioeconômico, expectativa e necessidades, conforme, Daniel Wei Liang Wang (2009, p. 13).

Daí que o melhor entendimento pode ser fixado no sentido de o mínimo existencial ter de ser pensado no caso concreto. A cada pedido deve o juiz, sempre com base no bom senso, refletir acerca da dignidade da pessoa humana e, em reconhecendo a situação deste mínimo de direito, concede-lo, na esteira do pensamento de Karl Japers (2005, p. 53): “*A dignidade do homem reside no fato de ser ele indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens*”.

O fundamental nessa análise é ter em mente que não se pode inchar o que seja mínimo existencial, e por outro lado, não se deve reduzir este conceito “mínimo” a praticamente direito nenhum.

Nesse sentido é bastante ilustrativa a manifestação de Sidney Guerra e Lilian Márcia Balmant Emerique (2006, p. 389):

“existem mínimos absolutos, de acordo com os quais a defesa das liberdades e demais direitos deveriam adquirir prioridade total, porque deixam de entrar em conflito entre si. Se a desigualdade é um conceito relativo, assim devem ser interpretados os distintos índices que procuram lhe medir. Por isso

defende-se que a posição relativista no tratamento dos graus de cumprimento de uns direitos frente a outros, e em relação inclusive com outros objetivos como crescimento e a eficiência, só pode ser sustentada em sociedades onde as cotas mínimas de satisfação de direitos estejam garantidas. Só uma vez solucionadas as situações de pobreza desesperada pode-se ter políticas distributivas sofisticadas. Só depois de garantidos direitos elementares pode-se permitir refinamentos acerca de quais verem mais satisfeitos que outros, e em que níveis.”

Ricardo Lobo Torres (2002, p. 267) produz análise na mesma linha combativa:

“O conjunto de dos direitos sociais praticamente na sua integralidade forma o bloco constitucional dos direitos fundamentais e a identificação com níveis mínimos, em que pese à contribuição para buscar um nível de garantia mais adequado aos referidos direitos, acaba por menosprezar seu impacto a cargo do estado a cômoda condição de oferecer apenas o mínimo, ainda que este grau seja insatisfatório. Uma verdadeira ótica de implementação dos direitos sociais prestacionais não se coaduna com nivelamentos que excluem determinados direitos ou diminuem as dimensões dos mesmos, até porque esta ruptura acentua as desigualdades sócio-econômicas.”

B) RESERVA DO POSSÍVEL

Estabelecido que política pública é o programa de efetivação de direitos, pautados pela dignidade humana – o mínimo existencial - há que analisar se essa efetividade almejada está limitada pela soberania do orçamento – ou reserva do possível.

Os direitos sociais pressupõem uma prestação positiva do Estado que implicam em custos para serem efetivados, por isso, acabam por impor uma dimensão econômica relevante.

Nesse diapasão, Ada Pellegrini Grinover (2009, p. 24) destaca que a transição do Estado liberal para ao Estado social promoveu uma alteração pronunciada na concepção do Estado e de suas finalidades. O Estado passa a ter como objetivo o atendimento do bem comum e, por consequência, a satisfação de direitos fundamentais. Na implementação dos direitos ditos de

segunda geração, representados por um fazer, uma atitude positiva do Estado.

Nessa implementação destes direitos é que surge a análise dos custos envolvidos nesse fazer, realizar a que o Estado passa a estar comprometido. É isto que traz à baila a análise de quanto o Estado está obrigado a realizar e com quais recursos deve realizar suas obrigações. E mais: principalmente se o Estado tem autonomia e liberdade para dispor destes recursos. A isto, a doutrina convencionou nomear de reserva do possível.

A doutrina jurídica reconhece como paradigmático o caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão a partir do qual ficou fixado que todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral.

Neste julgamento¹⁰, duas universidades alemãs estabeleceram restrições ao acesso direto de alunos ao curso de medicina humana (medicina e odontologia) nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo estabeleceu que as vagas disponíveis para os candidatos alemães deveriam ser distribuídas na proporção de 60% segundo o *curriculum* do candidato, e 40% segundo o ano de nascimento, sendo possível haver reserva de vagas para situações excepcionais, porém não limitou o número de vagas total.

Já a universidade da Bavária – ponto central do tema – estabeleceu limitação de vagas para algumas áreas do conhecimento, se isso fosse estritamente necessário à manutenção do funcionamento regular de um curso, tendo em vista a capacidade das instalações dos *campi* daquela universidade. Foi contra estas normas que se pronunciou o Tribunal Constitucional Alemão, em controle concentrado, apresentado pelos Tribunais Administrativos daqueles dois Estados-membros da Alemanha.

¹⁰ BVERFGE33.303 de 18.07.1972. In: SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Federal alemán*. Montevideú, Fundação Konrad Adenauer, 2003. p. 656/667.

O Tribunal Constitucional alemão entendeu que a limitação de vagas estabelecida pela Universidade da Bavária não era adequada por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenha que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. Candidatos socialmente mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.

Tal limitação, contudo, passa pelo fato de que a capacidade disponível não é suficiente para alocar todos devidamente qualificados ao ensino superior. Dessa forma, ao decidir pela inconstitucionalidade da limitação de vagas imposta pela Universidade da Baviera, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que existe uma limitação fática condicionada pela reserva do possível, no sentido do que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Ele deve ser analisado em primeira linha, pelo legislador, em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando as exigências da harmonização econômica geral¹¹.

Nesse sentido, há corrente doutrinária que indica a reserva do possível, ou soberania do orçamento, como um limite fático à implementação de políticas públicas. Esse limite é representado por duas vertentes: (i) a existência real de recursos em cofres públicos para cumprimento das obrigações e (ii) possibilidade jurídica do ente público dispor destes recursos quando

¹¹ A descrição do caso julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão aqui apresentada está baseada nos seguintes textos: SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. Revista Dialética de Direito Tributário, v. 51, p. 79-99, 2007. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, RERE [online], ISSN 1981-1888, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, março/abril/maio, 2007. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

existentes¹².

Exatamente porque se pretende a implementação de direitos pautados pela dignidade humana na prática das políticas públicas, há forte corrente doutrinária que advoga a possibilidade de o Poder Judiciário repelir a aplicabilidade da reserva do possível quando se tratar deste mínimo para garantir a dignidade humana.

Assim, nesse embate entre dar efetividade aos direitos e a autonomia orçamentária, a doutrina aponta que o balizador adequado é o princípio da razoabilidade¹³, afirmando que tal princípio se denota pela busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 42) vai além e aponta um convívio produtivo entre mínimo existencial e reserva do possível, ressaltando que a reserva do possível somente é cabível depois de atingir o mínimo existencial, nos seguintes termos:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é

¹² Várias são as correntes doutrinárias nesse sentido. Por todos: WANG, Daniel Wei Liang. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Revista de Direito Sanitário. v.10 n.1 São Paulo mar./jul. 2009. pp. 312 - 313.

¹³ Por todos: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009. pp. 43.

que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

A jurisprudência do STF cumpre importante papel ao afirmar a mitigação da reserva do possível. Há que ser ressaltada a medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45¹⁴ com voto de lavra do Ministro Celso de Mello, que afirma:

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” [...] notadamente em sede de efetivação e implementação dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a apresentação em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínima de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta

¹⁴ ADPF 45 MC/DF: 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 arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”

A proposição de que face ao mínimo existencial não se justifica a reserva do possível¹⁵, pode ser ilustrada pela manifestação de Valdir Ferreira de Oliveira Junior (2009, p. 55):

“o argumento da reserva do possível em matéria de mínimo existencial é falacioso e viola o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois ao aceitar o argumento da carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte. Um Estado [...] que se estrutura como estado federativo Cooperativo, deve garantir o mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana que transite em seu território...”

III. QUESTÕES PROBLEMÁTICAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.

A doutrina lança mão à conceituação do direito à saúde. André Ramos Tavares (2009. p. 815) assim conceitua o direito à saúde:

“(...) deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde. Portanto, não só todos tem direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde a todos os setores.”

E afirma ainda:

“(...) o Estado deve promover políticas sociais e econômicas destinadas a possibilitar o acesso universal igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.”

“(...) o tema relaciona-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõe o estado-

¹⁵ Também pela impossibilidade da reserva do possível face ao mínimo existencial: SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de direito constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 513.; CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Constitucional: teoria e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 712.

garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se.”

Gomes Canotilho (1984. p. 342) o faz da seguinte forma:

“(...) a natureza negativa, consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; a natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas.”

Gilmar Mendes Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco (2012. p. 696 e ss.) afirmam que o direito à saúde é um direito de todos, representando um direito individual, no sentido de um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. E ainda um direito coletivo, no sentido de direito de proteção à saúde.

O direito à saúde é ainda um dever do Estado, um direito fundamental de prestação de saúde que deve ser garantido mediante a execução de políticas públicas sociais e econômicas. Estas políticas devem ser realizadas mediante políticas públicas de saúde, para as quais o Estado tem o direito de alocar recursos financeiros. E devem visar o acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde.

Esses entendimentos estão estabelecidos na Lei 8.080 de 1990 que estabelece o SUS – Sistema Único de Saúde - que em seu artigo 2º. prescreve:

“Art. 2º: A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.”

Daí, é imperioso concluir que o Poder Judiciário não é a melhor via para a implementação de políticas públicas, principalmente o direito à saúde.

A concessão pura e simples do tratamento / medicamento não pode ser confundida com uma política pública efetiva que deve regular integralmente a atuação do poder público na efetivação do direito.

Em especial no direito à saúde, há situações gravíssimas que baseiam tal afirmação.

Segundo o artigo-denúncia do Juiz Federal em Londrina (PR) Eduardo Appio¹⁶ o caso do medicamento INTERFERON PEGUILADO é emblemático. O autor afirma que há uma rede de médicos, ONGs, associações de pacientes de hepatite C, advogados e a indústria farmacêutica para concessão do medicamento interferon peguilado. Tal medicamento tem um custo 30 (trinta) vezes maior que a mesma droga, interferon convencional, sem comprovação científica veemente de que produza resultados tão extraordinários e proporcionais ao elevadíssimo custo. Na verdade, a pesquisa científica existente indica resultados apenas 6 (seis) vezes melhores em alguns casos, conforme quadro do paciente.

O artigo de Ana Luiza Chieffi e Rita de Cássia Barradas¹⁷ acerca do SISTEMA DE CONTROLE JURÍDICO analisou 2.927 ações e levantaram dados que apontam que há 6 advogados atuam em 35% das ações, 5 médicos receberam em mais de 30 ações e 1 medicamento foi requerido em mais de 420 ações. As autoras salientam que não afirmam haver uma rede de manipulação e favorecimento ao pedido judicial de determinado medicamento, mas que os números apontam, pelo menos, uma excessiva concentração de judicialização do direito à saúde em determinados atores.

Ainda, segundo Juliano Heinen¹⁸ na Secretaria Estadual da Saúde – RS, 41% do orçamento é investido em medicamentos atendendo 87.966 pacientes, sendo 81,08% medicamentos

¹⁶ APPIO, Eduardo. Como o discurso dos direitos fundamentais tem ajudado a aumentar os lucros das multinacionais farmacêuticas no Brasil. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=2107%3E.

¹⁷ CHIEFFI, Ana Luiza. BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. Disponível em: http://formsus.datasus.gov.br/imgarq/9128/1153769_109700.pdf

¹⁸ HEINEN, Juliano. O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE DE UMA DECISÃO REALISTA: UMA OPÇÃO TRÁGICA. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica-Saude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPcao_TRAGICA.pdf

especiais e 31,70% medicamentos excepcionais. Os pedidos de medicamentos são feitos em 68,30% pela via administrativa e 18,92% pela via judicial.

A análise de dados também foi empreendida com profundidade por João Biehl e Paulo Dornelles Picon¹⁹ que em seu Projeto de Criação da Primeira Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul apontou que há 441 ações solicitando medicamentos das listas oficiais, 360 ações solicitando medicamentos listados e fora das listas, e 275 ações solicitando medicamentos fora das listas.

E isso ocorre segundo José Carlos Francisco (2012. p. 47), que analisou uma pesquisa com juízes, pois os juízes entendem que no contexto da efetivação de direitos deve haver a “superção do Estado Legislativo em favor do Estado Constitucional de Direito”, declarando os pesquisados que 83% dos magistrados Judiciário não é neutro e 73,7% dos magistrados não é mera “boca da lei”.

Finalmente, segundo Zélia Luiza Pierdoná (1988, p. 12) isso ocorre porque o direito à saúde não é restrito aos trabalhadores e o Princípio da seletividade choca-se com o princípio da universalidade, em especial nos Direitos sociais tidos como a forma máxima de efetivação coletiva e não individual.

IV. PROPOSTA DE SOLUÇÃO DO STF.

Ante todo o conflito existente acerca da efetivação do direito à saúde, a doutrina debruçando-se sobre o tema, lança suas contribuições.

A contribuição de Marco Antonio da Costa Sabino (2011. p. 364) afirma que a atuação do Poder Judiciário deve ser pautada na eliminação de lesões ou ameaças a direitos e quando

¹⁹ BIEHL, João. PICON, Paulo Dornelles. Projeto de Criação da Primeira Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em http://www.princeton.edu/grandchallenges/health/researchhighlights/aids/Databse_project.pdf.

ocorrer a omissão do Estado por seus poderes Executivo e Legislativo, tendo em vista limitação do mínimo existencial e da reserva do possível, conforme determinações expressas no julgamento da ADPF 45. Assim, o Poder Judiciário deve atuar com base no princípio da razoabilidade.

Luis Roberto Barroso (2007. p. 99) afirma que as ações individuais deveriam requerer apenas medicamentos constantes das listas, que configuram o dever inequívoco do Estado no que toca ao direito à saúde. Assim, apenas ações coletivas seriam viáveis para a solicitação de alterações nas listas oficiais, pois estas ações teriam o condão de garantir a todos os interessados desfrutar igualmente do direito. Ficariam excluídos os medicamentos experimentais e haveria preferência por droga disponível no Brasil e medicamento genérico. Ainda clama pela fixação de entendimento pelo qual a legitimidade passiva fosse do ente responsável pela lista na qual consta medicamento negado.

Inúmeros são os julgados²⁰ que versam sobre a temática mínimo existencial, reserva do possível e direito à saúde. Mas alguns julgados são paradigmáticos na análise de políticas públicas, principalmente no que toca à conclusão pretendida nesse artigo, seja pelo caso enfrentado, seja pelo modo como o caso foi decidido.

Em relação ao direito à saúde, o caso paradigmático é a STA 175 julgada pelo Ministro Gilmar Mendes que condena a União, o Estado do Ceará e município de Fortaleza a conceder medicamento, negando provimento ao recurso destes.

O caso paradigmático trata de uma adolescente com doença neurodegenerativa rara que requer medicamento reconhecido para deter desenvolvimento da doença, sendo oriunda de uma família sem recursos para tratamento (estimado em R\$ 52 mil mensais em 2006).

²⁰ Uma pesquisa bastante simples – usando como critério de pesquisa os termos e “mínimo existencial” e “reserva do possível” - no site do STF dá a dimensão deste universo: são mais de 1730 documentos localizados.

O medicamento só foi registrado na ANVISA no curso da ação e, portanto, à época da distribuição da ação, o medicamento de alto custo não era contemplado na lista do SUS (RENAME), nem pelo programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional

O julgado afirma que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, dado que tal fato não permite a verificação de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

A intervenção do Poder Judiciário, segundo texto do julgado, não afronta do princípio da separação dos poderes, dado que há a possibilidade do Judiciário intervir na política pública.

Neste julgamento foram realizadas audiências Públicas de 27/abril a 7/maio de 2009 para a contemplação das manifestações que possam elucidar o julgamento.

Alguns critérios para a concessão de medicamentos e, portanto, para o próprio estabelecimento de políticas pública de medicamentos, foram fixados. Quais sejam:

1. VERIFICAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE POLÍTICA PÚBLICA

Não cabe ao Judiciário formular a política pública de saúde, mas é sua obrigação verificar se as políticas existentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

1.1 Se já existe Política Pública, Judiciário determina cumprimento, não a criação da política pública.

1.2 Se não existe Política Pública, devem ser analisados se há omissão legislativa ou administrativa, motivação da decisão administrativa de não fornecer medicamento e se há vedação legal expressa à dispensação do medicamento em questão.

2. CONCESSÃO APENAS DE MEDICAMENTOS

REGISTRADOS NA ANVISA.

A Lei 6.360/76 em seu art. 12 determina que todo medicamento deve ser registrado na Anvisa.

Apenas em caráter excepcional poderão ser concedidos medicamentos de programas com organismos internacionais de saúde.

3. NEGATIVA DE CONCESSÃO DO MEDICAMENTO PELO SUS.

Deve-se adotar e cumprir o princípio da “medicina com bases em evidências”: apenas medicamentos com protocolos estabelecidos podem ser concedidos.

Deve-se analisar a diferença entre tratamentos EXPERIMENTAIS e tratamentos novos, evitando tratamentos experimentais e assegurando tratamentos novos se verificados cientificamente pela comunidade médica.

4. ADEQUADA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

A instrução processual é fundamental para que a decisão judicial mantenha sua qualidade. Assim, sempre deve ser exigida prova da situação / necessidade do pleiteante.

Também o ente público demandado deve observar a correta instrução processual no sentido de apurar e informar todas as circunstâncias do caso.

V. CONCLUSÕES.

Em um ambiente tripartite de atribuições de atividades preponderantes aos poderes constituídos, a situação padrão é que as políticas públicas sejam definidas e geridas não pelo juiz, mas pelo legislador e pelo administrador público, cuja legitimação

popular garante-lhes a atribuição de alocar, segundo critérios de conveniência e de oportunidade, recursos nesta ou naquela utilidade pública. Por isso, constitui tarefa subsidiária do Poder Judiciário, na falta ou inadequação dos Poderes Executivo e Legislativo, ditar ou corrigir as políticas públicas.

A interferência do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas é legítima, não se olvidando o conhecimento e a observância de certos parâmetros de atuação, a fim de torná-la consentânea ao Estado Democrático de Direito. Três são os parâmetros clássicos de delimitação da atuação legítima do Poder Judiciário: [i] a reserva do possível (ou soberania orçamentária); [ii] o mínimo existencial, e [iii] o princípio da proporcionalidade

O primeiro limite a ser observado é a disponibilidade financeira do Estado para a concreção do direito prestacional, tal como idealizada pelo administrador no instrumento formal denominado orçamento. Trata-se da observância da teoria da reserva do possível. Não basta a norma para reconhecimento de um direito subjetivo. O problema é que todos direitos possuem um custo, logo a materialização desses direitos não pode ser destacada da mínima verificação das possibilidades materiais de colocação prática. A realidade é que por mais recursos que existam, não será possível atender a todas as necessidades de uma população, esteja ela em um país economicamente desenvolvido ou em um país em desenvolvimento. A escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos.

A conformação da atuação do Poder Judiciário na concreção dos direitos prestacionais não se exaure na verificação da efetiva disponibilidade orçamentária do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Deve também o poder Judiciário pautar sua atuação na viabilização de um núcleo denominado mínimo existencial a ser garantido ao cidadão, independentemente da autorização orçamentária conferida pelo legislador ordinário. Cuida-se do núcleo de direitos voltados à

preservação da dignidade do ser humano, denominado mínimo existencial, cuja prestação deve ser obrigatoriamente fornecida pelo Estado.

O princípio da proporcionalidade é importante instrumento destinado ao Poder Judiciário no ato procedimental de interferência nas políticas públicas, mediante o qual verificará a razoabilidade da pretensão individual/coletiva deduzida em face do Poder Público, bem como a razoabilidade da restrição ao direito fundamental imposto pelo Estado. Em suma, o princípio da proporcionalidade reconhece, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo como óbices à efetivação dos direitos fundamentais. O custo direto envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação. Além disso, deve participar do processo de ponderação a natureza de providência judicial almejada no que se refere a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado.

No que se refere à jurisprudência nacional, pode se avistar uma linha de evolução no tratamento da questão orçamentária pelos Tribunais, notadamente sob o viés da implementação judicial de direitos prestacionais. Em primeiro momento, tomada a escassez do orçamento para a concreção de todos os direitos prestacionais previstos no ordenamento jurídico, passou-se a admitir, de modo absoluto, como restrição à interferência do Poder Judiciário, a teoria da reserva do possível. A concreção de direitos prestacionais estaria subordinada à previsão orçamentária da referida despesa.

A partir do julgamento da STA 175 pelo STF (2010), difundiu-se nova postura financeira no enfrentamento de casos

judiciais concernentes à concreção de direitos prestacionais. Fundado no reconhecimento da existência de um núcleo essencial de direitos subjetivos, tocados pelo mínimo existencial, perante o qual a própria incidência da teoria da reserva do possível, em decorrência de ponderação com princípios como o da igualdade e da dignidade humana, é afastada.

Grande parte da doutrina e jurisprudência tomaram postura firme no sentido de defender a supremacia dos direitos fundamentais, cuja efetivação se sobreporia a qualquer outro princípio ou fundamento de fato ou de direito. Alguns julgadores apresentam um falso dilema entre recursos financeiros e direito à saúde, quando na verdade o direito à saúde precisa dos recursos financeiros para ser concretizado. Causa estranheza dizer que o interesse financeiro é um “interesse secundário do Estado”. Se os direitos sociais, para serem efetivados, precisam de recursos estatais, então a questão financeira está intrinsecamente ligada ao direito. É uma dicotomia falsa, pois direito à saúde e questões financeiras não são conflitantes e nem excludentes, aquele depende desta.



VI. REFERÊNCIAS.

AMATO, Pedro Muñoz. *Introdução à Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, 1971.

APPIO, Eduardo. Como o discurso dos direitos fundamentais tem ajudado a aumentar os lucros das multinacionais farmacêuticas no Brasil. Disponível em: http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=2107%3E.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à*

- judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do estado do RS*. Vol. 31. n. 66. jul/dez 2007. p. 89 – 114.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, RERE* [online], ISSN 1981-1888, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, março/abril/maio, 2007. Disponível na internet: www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acesso em 13.set.2012.
- BIEHL, João. PICON, Paulo Dornelles. Projeto de Criação da Primeira Coorte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul, 2011. Disponível em http://www.princeton.edu/grandchallenges/health/researchhighlights/aids/Database_project.pdf.
- BIEHL, João. Antropologia no campo da saúde global. *In: Horizontes antropológicos*. Porto Alegre. ano 17. n. 35. p. 257-296. jan/jun 2011. Disponível em <http://joaobiehl.net/publications/articles/>
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília - Faculdade de Direito, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 659 / 660.
- BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- Constituição (1988)*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari *et alli*. *Direitos humanos e políticas públicas*. Cadernos Polis, 2. São Paulo: Pólis, 2001.
- CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. Constituição da república portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 342.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 149.
- CHIEFFI, Ana Luiza. BARATA, Rita de Cássia Barradas. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para introdução de novos medicamentos. Disponível em: http://formsus.datasus.gov.br/imgarq/9128/1153769_109700.pdf
- CLUNE, William H. Law and Public Policy: map of an area. Working Paper No. 6, Rewiew of Public Affairs, University of Wisconsin-Madison, May 1991.<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/scis2&div=6&id=&page=>. Acesso em 11 set. 2012.
- COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 35, n. 138 abr/jun. 1998.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. Curso de Constitucional: teoria e prática. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DEMO, Pedro; OLIVEIRA, Liliane Lúcia Nunes De Aranha. Ciudadanía y derechos humanos desde la perspectiva de las políticas públicas. Cuardenos de La CEPAL. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 1997.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FERREIRA, Camila Duran. O judiciário e as políticas de saúde no brasil: o caso AIDS. Prêmio IPEA 40 anos.
- FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das

- promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo: estudos e pareceres. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ Editora, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; et ali. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). O controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GUERRA, Sydney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006.
- HEINEN, Juliano. O CUSTO DO DIREITO À SAÚDE E A NECESSIDADE DE DE UMA DECISÃO REALISTA: UMA OPÇÃO TRÁGICA. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica-Saude/anexo/O_CUSTO_DO_DIREITO_A_SAUDE_E_A_NECESSIDADE_DE_DE_UMA_DECISAO_REALISTA_UMA_OPCAO_TRAGICA.pdf
- HOMERCHER, Evandro T.; BERGUE, Sandro Trescastro. Políticas públicas e transparência: reflexões multidisciplinares. Interesse Público – IP, São Paulo, ano 13, n. 68, p. 405-422, jul./ago. 2011.
- JASPERS, Karl. Introdução ao pensamento filosófico. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). Ação civil pública - Lei 7.347/1985 - 15 anos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora

- Saraiva, 2012.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria contemporânea do Estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS [online]*. 2009, n.108, junho, pp. 01-62. ISSN 1808-4435. Acesso em 12 set. 2012.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. A proteção social na constituição de 1988. *Revista de direito social*, 28, Porto Alegre, 2007.
- PIERDONÁ, Zélia Luiza. O direito à saúde e a impossibilidade de concessão de medicamentos por decisões judiciais individuais. *Anais do VXIII Congresso nacional do Conpedi – SP – nov/2009*.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (orgs.). O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 353 – 386.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 51, p. 79-99, 2007.
- SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Federal alemán*. Montevideú, Fundação Konrad Adenauer, 2003.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (orgs.). Políticas Públicas no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007
- TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 814.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann and SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo soc.* [online]. 2007, vol.19, n.2, pp. 39-85. ISSN 0103-2070. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>. Acesso em 05.10.2012.
- VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. Judicialização de políticas públicas para a educação infantil. São Paulo: Saraiva, 2011. Série IDP.
- WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Direito Sanitário.* v.10 n.1 São Paulo mar./jul. 2009.