



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO



MARCO TÚLIO RIBEIRO CUNHA

marcotulio.adv@gmail.com

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE E OS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO**

Uberlândia

2012

MARCO TÚLIO RIBEIRO CUNHA

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE E OS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO**

Dissertação sob orientação do professor Dr. Anderson Rosa Vaz apresentada ao Colegiado do CMDIP-UFU como requisito parcial para obtenção do título de mestre, ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Uberlândia

2012

MARCO TÚLIO RIBEIRO CUNHA

**A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE E OS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO**

Dissertação sob orientação do professor Dr. Anderson Rosa Vaz apresentada ao Colegiado do CMDIP-UFU como requisito parcial para obtenção do título de mestre, ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Aprovado em _____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Anderson Rosa Vaz. (CMDIP/UFU – Orientador)

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira De Melo. (CMDIP/UFU)

Prof. Dr. Marcelo Cardoso Pereira (Faculdade Pitágoras de Uberlândia)

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que verdadeiramente me trouxe até aqui; a minha querida esposa Marília, companheira de todas as horas que lutou comigo, pelo amor e auxílio em todos os momentos difíceis desta jornada; aos meus pais Eurípedes e Maria Inêz pelo apoio e carinho recebidos em toda minha vida e pela paciência que tiveram comigo nos momentos de ausência e ao meu irmão Éric, pelas palavras amigas e pelo incentivo para alcançar mais esta etapa de minha caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador e amigo Dr. Anderson Rosa Vaz, pelos importantes direcionamentos concedidos e por dividir sua experiência no Direito Público que me foram imprescindíveis para o desdobramento do presente trabalho.

Ao professor e amigo Dr. Leosino Bizinoto Macedo, pelo incentivo constante no desenvolvimento de minha carreira profissional e pela enorme simpatia que sempre dispensa a mim e a todos que estão à sua volta.

Ao professor e amigo Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo, por disponibilizar sua bibliografia para o crescimento do presente trabalho e pela sua excepcional solicitude com que sempre me atendeu em todas as minhas necessidades acadêmicas.

Ao professor Coordenador deste Programa de Pós-Graduação em Direito Dr. Alexandre Walmott Borges pela incansável luta para consolidação e aprimoramento deste valioso curso de mestrado da Universidade Federal de Uberlândia.

Aos demais professores do mestrado cujas disciplinas tive o prazer de cursar, ou pela importante bibliografia disponibilizada aos mestrandos, pelos valiosíssimos conhecimentos partilhados, que me serviram enormemente ao desenvolvimento deste trabalho, além dos professores já citados, os Dres.: Aguinaldo Alemar, Cristiano Gomes de Brito, Fernando Rodrigues Martins, Cícero José Alves Soares Neto, Edihermes Marques Coelho e Shirlei Silmara de Freitas Mello.

Aos colegas Dres: José Eduardo Batista, Vera Lúcia Pereira Batista, Paulo Tarciso Gonçalves Lazari, Silmara Fernandes Parreira, Tiago de Oliveira Firmino e todos os demais integrantes daquele escritório, pelo incentivo nos momentos difíceis, pelo apoio logístico e pela amizade a mim dispensados.

RESUMO

CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. A legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e os reflexos no orçamento público. 2012. [141f]. Dissertação. (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012.

A presente dissertação pretende verificar a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e como esta judicialização interfere no orçamento público com fim de apontar qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde. Para tanto, far-se-á um levantamento das principais concepções teóricas favoráveis e contrárias sobre as quais se baseiam o debate da judicialização do direito fundamental à saúde e sua relação com a democracia. Após, será pesquisado estatisticamente quais os reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde nos períodos de 2002-2011, para verificar se o poder dever do judiciário de interferir nas políticas públicas no que tange a saúde prejudica ou contribui para sua efetivação, em curto e em longo prazo. A fim de atingir o objetivo geral do trabalho será necessária, primeiramente, uma breve exposição sobre as concepções dogmáticas dos Direitos Fundamentais Sociais para contextualizar como o direito à saúde se torna um Direito prestacional fundamental dotado de efetividade delimitando assim o objeto da pesquisa. Em seguida pesquisar-se-á os principais fundamentos teóricos favoráveis e contrários à intervenção do judiciário nos demais poderes, para o fim de concluir pela legitimidade ou não do Judiciário em promover a efetivação do Direito à saúde no caso concreto, bem como, se democraticamente legitimado, em quais casos ele pode ou não fazê-lo. Em seguida, será analisada a influência da judicialização do direito fundamental à saúde no orçamento público através de análise de dados estatísticos das leis orçamentárias anuais no período de 2002 a 2011 para averiguar se há uma discrepância entre o valor pago pela União em virtude de condenações do judiciário no setor saúde e o valor previsto no orçamento, bem como, se houve aumento da previsão orçamentária para a saúde em virtude do aumento do número de condenações do judiciário no sentido da efetivação do direito à saúde no longo prazo. Para tanto apresentará uma contextualização acerca dos aspectos legais e conceituais que regem o Orçamento Público, os elementos de formação do orçamento público para saúde e para pagamento de condenação contra o poder público sobre direito fundamental à saúde para só então analisar os reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde. Por fim, após a apuração de todo o conteúdo pesquisado conforme explicitado supra, será possível atingir o objetivo principal da pesquisa que é definir o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde para fora dos limites da sentença, em atenção às conclusões alcançadas referentes aos reflexos de suas decisões na elaboração do orçamento público no que tange ao direito à saúde verificando se é possível concluir pela existência de uma função coatora indireta do judiciário em relação aos demais poderes na concentração de esforços no sentido de atender às expectativas da sociedade na efetivação do direito fundamental à saúde, quando legitimado democraticamente.

Palavras-chave: Legitimidade democrática. Judicialização. Direito à saúde. Orçamento público. Reflexos.

ABSTRACT

This dissertation aims to verify the democratic legitimacy of judicialization in ensuring the right to health and how this judicialization interfere with the public budget point of order which the role of the judiciary in the effectiveness of the fundamental right to health. Therefore, it will be far a survey of the main theoretical concepts for and against which are based on the discussion of judicialization of the fundamental right to health and its relationship with democracy. After, which will be studied statistically reflections of judgments in the training budget in public health function in the periods of 2002-2011, to verify that the power duty of the judiciary from interfering in public policy regarding health affects or contributes to its effectiveness in the short and long term. In order to achieve the overall objective of the work will be necessary, first, a brief presentation about the dogmatic conceptions of Fundamental Rights to Social contextualize as the right to health becomes a fundamental law prestacional endowed effectiveness thereby delimiting the object of research. Then it will search the main theoretical foundations for and against judicial intervention in other powers, for the purpose of completing the legitimacy or otherwise of the judiciary in promoting the realization of the right to health in this case as well, if democratically legitimized, in which case he may or may not do it. Then we will analyze the influence of judicialization of the fundamental right to health in the public budget through analysis of statistical data of annual budget laws in the period 2002 to 2011 to see if there is a discrepancy in the amount paid by the Union because of the convictions judiciary in the health sector and the amount budgeted for, and if there was increased budgetary provision for health due to the increase in the number of convictions of the judiciary towards the realization of the right to health in the long run. To submit both a contextualization about the conceptual and legal aspects governing the Public Budget, the elements forming the budget for public health and for payment of condemnation against the government on the fundamental right to health and only then analyze the impacts of judgments in training budget public health function. Finally, after the calculation of all content researched as explained above, you can achieve the main goal of the research is to define the role of the judiciary in the effectiveness of the fundamental right to health beyond the limits of the sentence, note the conclusions reached regarding the consequences of their decisions in budgeting public regarding the right to health by checking if you can establish the existence of an indirect function constraining of the judiciary in relation to other powers in the concentration of efforts to meet the expectations of society in effecting the fundamental right to health, when democratically legitimated.

Keywords: Democratic legitimacy. Judicialization. Right to health. Public budget. Reflexes.

A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E OS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

INTRODUÇÃO	9
1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ABORDAGENS TEÓRICAS E LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS DEMAIS PODERES PÚBLICOS	12
1.1 Concepções dogmáticas acerca dos Direitos Fundamentais Sociais	12
1.1.1 Evolução histórica do Direito Fundamental à Saúde como Direito Prestacional	16
1.1.2 Os direitos fundamentais e seu nexos com a democracia constitucional.	18
1.1.3. Direito fundamental à saúde no Brasil	21
1.2 Fundamentação teórica favorável à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos	25
1.2.1 Garantismo Jurídico como fundamento do controle judicial de Luigi Ferrajoli	26
1.2.2 A Leitura moral da constituição de Ronald Dworkin	30
1.2.3 (neo) Constitucionalismo	33
1.2.4 O minimalismo de Cass Sunstein	37
1.2.5 A razão pública de John Rawls	40
1.2.6 O Pragmatismo Jurídico	42
1.3 Fundamentação teórica contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos	46
1.3.1 Jeremy Waldron e a legitimidade da revisão judicial dos atos do legislativo.	46
1.3.2 As críticas ao neoconstitucionalismo de Luiz Roberto Barroso e Daniel Sarmento	51
1.3.3 A crítica ao Excesso de Judicialidade de Luiz Roberto Barroso	56
1.3.4 O Formalismo jurídico de Noel Struchiner, Dimitri Dimoulis e Adrian Vermeule	58
1.4 Considerações gerais sobre os fundamentos teóricos apresentados - O consenso quanto à fundamentação democrática na intervenção do Judiciário nos demais poderes.	63
2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA INFLUÊNCIA NO ORÇAMENTO PÚBLICO	66
2.1 Contextualização acerca dos aspectos legais e conceituais que regem o Orçamento Público	67
2.1.1 <i>Legislação Vigente</i>	71
2.1.2 <i>Processo Orçamentário</i>	73

2.1.3 Finalidade da classificação funcional do orçamento público – função saúde	76
2.2 Extensão e limites ao direito à saúde - o mínimo Existencial e a teoria da reserva do possível	77
2.3 Aplicação da reserva do possível adaptada à realidade brasileira – ponderação	81
2.4 Avaliação da eficiência do gasto público no Brasil	84
2.5 Reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde: Análise das Leis Orçamentárias Anuais: 2002-2011.	93
3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE CONSIDERANDO A SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E OS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO	97
3.1 A Jurisdição Constitucional no Brasil e a efetividade do direito fundamental à saúde – análise da jurisprudência do STF	98
3.2 Mecanismos de tutela judicial na efetivação do direito fundamental à saúde	106
3.3 Adequação das tutelas individuais e coletivas na efetivação do direito à saúde	115
3.4 Controle judicial do orçamento público na fase de elaboração e execução	119
3.5 O Papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	129
REFERÊNCIAS	131

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é verificar a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e como esta judicialização interfere no orçamento público com fim de apontar qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde. Para tanto, far-se-á um levantamento das principais concepções teóricas favoráveis e contrárias sobre as quais se baseiam o debate da judicialização do direito fundamental à saúde e sua relação com a democracia.

Após, será pesquisado estatisticamente quais os reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde nos períodos de 2002-2011, para verificar se o poder dever do judiciário de interferir nas políticas públicas no que tange a saúde prejudica ou contribui para sua efetivação, em curto e em longo prazo.

A fim de atingir o objetivo geral do trabalho será necessária, primeiramente, uma breve exposição sobre as concepções dogmáticas dos Direitos Fundamentais Sociais para contextualizar como o direito à saúde se torna um Direito prestacional fundamental dotado de efetividade delimitando assim o objeto da pesquisa.

Em seguida pesquisar-se-á os principais fundamentos teóricos favoráveis e contrários à intervenção do judiciário nos demais poderes, para o fim de concluir pela legitimidade ou não do Judiciário em promover a efetivação do Direito à saúde no caso concreto, bem como, se democraticamente legitimado, em quais casos ele pode ou não fazê-lo.

Em seguida, será analisada a influência da judicialização do direito fundamental à saúde no orçamento público através de análise de dados estatísticos das leis orçamentárias anuais no período de 2002 a 2011 para averiguar se há uma discrepância entre o valor pago pela União em virtude de condenações do judiciário no setor saúde e o valor previsto no orçamento, bem como, se houve aumento da previsão orçamentária para a saúde em virtude do aumento do número de condenações do judiciário no sentido da efetivação do direito à saúde no longo prazo.

Para tanto apresentará uma contextualização acerca dos aspectos legais e conceituais que regem o Orçamento Público, os elementos de formação do orçamento público para saúde e para pagamento de condenação contra o poder público sobre direito fundamental à saúde para só

então analisar os reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde.

Por fim, após a apuração de todo o conteúdo pesquisado conforme explicitado supra, será possível atingir o objetivo principal da pesquisa que é definir o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde para fora dos limites da sentença, em atenção às conclusões alcançadas referentes aos reflexos de suas decisões na elaboração do orçamento público no que tange ao direito à saúde verificando se é possível concluir pela existência de uma função coatora indireta do judiciário em relação aos demais poderes na concentração de esforços no sentido de atender às expectativas da sociedade na efetivação do direito fundamental à saúde, quando legitimado democraticamente.

Ocorre que há poucos estudos acerca do problema da efetividade dos Direitos Sociais prestacionais com ênfase na questão político-econômica que indiretamente tem se pautado o Estado quando chamado pelo judiciário em questões de políticas públicas escorando suas decisões em teorias subjetivas como a da Reserva do possível que deixa ao alvedrio do juiz a efetivação ou não dos direitos fundamentais do indivíduo.

O presente trabalho propõe um estudo estatístico e análise qualitativa do orçamento público para a saúde através da análise das Leis Orçamentárias Anuais para averiguar se houve aumento da previsão orçamentária para a saúde em virtude do aumento do número de condenações do judiciário no sentido da efetivação do direito à saúde no longo prazo.

Com isso espera fornecer mais um subsídio na discussão que tem travado a doutrina sobre os reflexos positivos ou negativos da interferência do Judiciário nas políticas públicas e, em geral, nas questões que versam sobre o direito fundamental à saúde, com o fim último de verificar é possível atribuir ao Judiciário a função coatora indireta em face aos demais poderes no sentido de que suas decisões podem, em longo prazo, coibir abusos dos demais poderes quanto à destinação e aplicação das verbas públicas no que tange ao direito fundamental à saúde.

Dentro do contexto colocado no presente trabalho, em que se pretende verificar como a judicialização do direito fundamental à saúde interfere no orçamento público com fim de apontar qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde, o estudo pretende apresentar como problemática central da pesquisa o seguinte questionamento: *Qual a função do Judiciário perante a questão da efetivação do direito fundamental à saúde?*

Na forma em que foi proposto o trabalho, o tipo de pesquisa com relação aos objetivos a serem alcançados é a pesquisa exploratória, pois o estudo pretende analisar o problema da judicialização do direito social à saúde no Brasil utilizando como parâmetro o reflexo desta intervenção no orçamento público, tornando-o mais explícito, e, em consequência, avançar na discussão acerca da função do Judiciário na efetivação deste direito fundamental.

Com relação ao procedimento metodológico, o método de abordagem adotado será o dedutivo, pois que, para atingir os objetivos gerais e específicos do presente trabalho buscar-se-á a realizar de uma análise qualitativa de dados estatísticos colhidos das Leis Orçamentárias Anuais no setor saúde para verificar se é possível verificar uma correspondência entre o aumento da previsão orçamentária para a saúde em decorrência de decisões judiciais relativas à efetivação deste direito.

Ainda com relação ao procedimento metodológico, o método de procedimento será o monográfico e o estatístico.

Monográfico, pois que, para atingir o resultado almejado no presente estudo será necessário analisar diversos fatores que influenciam na efetivação do direito fundamental à saúde, tais como, origem dos direitos fundamentais, a evolução dos direitos sociais prestacionais, a relação dos direitos fundamentais sociais com o princípio fundamental da garantida da dignidade da pessoa humana, a questão da reserva do possível em contraposição com o mínimo existencial, a possibilidade jurídica de intervenção do judiciário no orçamento público.

Estatístico, pois, em face da análise dos dados colhidos das Leis Orçamentárias Anuais de 2002-2011 no setor saúde para verificar se é possível verificar uma correspondência entre o aumento da previsão orçamentária para a saúde em decorrência do aumento dos gastos públicos em decorrência de decisões judiciais relativas à efetivação deste direito, como fonte para verificar se a interferência do Judiciário no orçamento público na função saúde é positiva ou negativa, no curto e longo prazo.

Por fim, com relação ao procedimento técnico utilizado será utilizada a pesquisa bibliográfica, acerca dos principais doutrinadores que discutem a teoria dos direitos fundamentais, dentro da delimitação do problema proposto bem como, documental das Leis Orçamentárias Anuais de 2002-2011 no setor saúde para verificar se é possível verificar uma correspondência entre o aumento da previsão orçamentária para a saúde em decorrência do aumento dos gastos públicos em decorrência de decisões judiciais relativas à efetivação deste direito, como fonte para

verificar se a interferência do Judiciário no orçamento público na função saúde é positiva ou negativa, no curto e longo prazo.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ABORDAGENS TEÓRICAS E LEGITIMIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS DEMAIS PODERES PÚBLICOS

Para que seja possível verificar a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e como esta judicialização interfere no orçamento público com fim de apontar qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde faz-se necessário, em primeiro lugar levantar as concepções dogmáticas acerca deste direito fundamental de modo a contextualizar o âmbito da pesquisa e, neste sentido, delimitar o objeto em estudo.

1.1 Concepções dogmáticas acerca dos Direitos Fundamentais Sociais

Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais, e, desta forma, encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual de modo que seus elementos essenciais são: a relação dos sujeitos pessoa vs. Estado; a finalidade desses direitos concernentes a limitação do poder estatal para preservar a liberdade individual e sua posição no sistema jurídico, definida pela supremacia constitucional ou fundamentalidade formal. (DIMOULIS, MARTINS, 2009, p. 119)

A fim de entender a essência do que vem a serem direitos fundamentais, ou seja, o que são direitos fundamentais *in abstracto*, aplicável a qualquer ordenamento jurídico, utilizar-se-á a explicação de Luigi Ferrajoli, que apresenta em sua obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, uma definição formal do conceito de direito fundamental, como sendo: “Todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoas, de cidadãos ou pessoas com capacidade de agir”. (FERRAJOLI, 2009, p. 19, tradução nossa).

Em complementação à sua definição formal, apta a fundamentar uma teoria geral dos direitos fundamentais, Ferrajoli explicita então os elementos de seu conceito, a saber: Direito subjetivo:

qualquer expectativa positiva de prestações ou negativa, de não sofrer lesões, adstrita a um sujeito por uma norma jurídica; Estado: A condição de um sujeito, prevista igualmente por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas ou autos dos atos que são exercício desta. (FERRAJOLI, 2009, p. 19).

Assim, em contrapartida, os direitos alienáveis e assim virtualmente não universais, não são fundamentais. Neste diapasão, com base nesta definição formal, portanto dogmática, os direitos fundamentais prescindem do fato de estarem ou não formulados em cartas constitucionais.

Ocorre que, nesta definição formal, exemplifica Ferrajoli, o que for considerado direito universal irrenunciável, mesmo fútil, como o direito de ser saudado, pode ser considerado fundamental. Deste modo é preciso que se faça uma explicação sobre onde se encontram a importância de se delinear uma definição formal que prescinde de circunstâncias de fato, sendo válida para qualquer ordenamento, bem como, que prescinde de estar positivada ou não. (FERRAJOLI, 2009, p. 19).

Passada esta etapa do conceito formal de direito fundamental Ferrajoli identifica um critério histórico baseado na abrangência da palavra “todos” em cada ordenamento jurídico. Historicamente falando, os direitos fundamentais coincidem com as liberdades e com as demais necessidades de cuja garantia conquistada ao preço de lutas e revoluções, dependem a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos.

Disto evidencia a expansividade histórica dos direitos fundamentais, sendo que o papel garantista do sistema jurídico se amplia com a reivindicação, na esfera social e política, de novos direitos e com sua constitucionalização (SILVA, 2003, p. 311). Assim, com base no critério histórico, Ferrajoli divide os direitos fundamentais em quatro classes (FERRAJOLI, 2009, p.22-23):

A primeira classe é a dos direitos humanos como sendo os direitos primários das pessoas e concernem indistintamente a todos os seres humanos, como, por exemplo, o direito a vida e a integridade das pessoas, a liberdade pessoal. A segunda classe é a dos direitos públicos como sendo os direitos primários reconhecidos somente aos cidadãos, como exemplo o direito de residência e circulação no território nacional, os de reunião, associação, o direito ao trabalho, previstos na Constituição italiana. A terceira classe é a dos Direitos Civis como sendo os direitos secundários adstritos a todas as pessoas humanas capazes de agir, como por exemplo, a capacidade negocial, a liberdade contratual, a liberdade de eleição e trocar de emprego.

Por fim a quarta classe de direitos fundamentais são os direitos políticos que são, na opinião de Ferrajoli, os direitos secundários reservados unicamente aos cidadãos como, por exemplo, a capacidade de agir, o direito de voto, o sufrágio passivo, o direito de exercer cargos públicos. De modo que, o que tem mudado com o progresso do direito não são os critérios – personalidade, capacidade de agir e cidadania, conforme aos quais se atribuem os direitos fundamentais, senão unicamente seu significado, primeiro restringido e fortemente discriminatório, depois cada vez mais estendido e tendenciosamente universal. (FERRAJOLI, 2009, p. 24)

Assim, em suma, segundo a definição que Ferrajoli propõe, são direitos fundamentais aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos em tanto pessoa, cidadão e/ou pessoas capazes de agir.

Não obstante, insta ressaltar que a partir desta definição, Ferrajoli ainda permite fundar duas tipologias de direitos fundamentais, também de caráter teórico e formal: a subjetiva e a objetiva.

A primeira, subjetiva, relaciona-se com as classes de sujeitos aos que se atribuem tais direitos, que se dividem, conforme citado supra em: Direitos humanos, civis, públicos e políticos. Ferrajoli ainda classifica estes direitos em primários (substanciais ou finais) pertencentes a todas as pessoas em independência de sua capacidade de agir e secundários (formais ou instrumentais) pertencentes só aos capazes de agir, da seguinte forma (FERRAJOLI, 2009, p. 294). A segunda, objetiva, refere-se aos tipos de comportamento que constituem o objeto dos direitos fundamentais. Distinguem-se pela natureza as expectativas: 1) Negativas: de não lesão; 2) Positivas: de prestação.

Ferrajoli ainda divide os direitos primários, pertencentes a todos independentemente da capacidade de agir, em: direitos de liberdade e direitos sociais. Os primeiros consistentes em direitos negativos ou de imunidade, ou seja, na expectativa de omissão de interferências dos demais, que se distinguem por sua vez em simples “liberdades de”, como o direito à vida e a liberdade pessoal, e “liberdades para” como a liberdade de imprensa, de associação e de reunião. (FERRAJOLI, 2009, p. 295). Os segundos consistentes em direitos positivos, isto é, em expectativas de prestações por parte de outros, com o caso do direito à saúde, educação, seguridade social e similar.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet diferencia “direitos humanos” e “direitos fundamentais” na medida em que este se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a

expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direitos internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano com tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. (SARLET, 2009a, p. 29)

Já Michelangelo Bovero, reformulando a definição de Ferrajoli supracitada, afirma que são Direitos Fundamentais todos os direitos subjetivos, ou seja, as expectativas negativas ou positivas, de não ver-se lesionado, ou de obter alguma prestação, sobre o comportamento de outros, estabelecidos em favor de um sujeito por parte de uma norma jurídica enquanto o sujeito é reconhecido, a partir da própria norma e/ou de outras normas desse ordenamento, como dotado do *status* de pessoa, cidadão ou capaz de agir e acrescenta: os direitos fundamentais existem como direitos independentemente da existência ou não, dentro do mesmo ordenamento, de ulteriores normas que estabeleçam em seu favor garantias específicas. (BOVERO, 2009, p. 227)

No entanto, a busca de uma definição teórica e abstrata do que vem a ser “Direitos Fundamentais” não está isento de críticas.

Robert Alexy alerta que a definição de direito fundamental orientada por teses substanciais e estruturais, tem inconvenientes no sentido em que vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado, e, portanto, defende que não se pode limitar de antemão o conceito de direito fundamental e, com isso, o conceito de normas de direito fundamental. (ALEXY, 2008, p. 67)

Outrossim, Ingo Sarlet, alerta que a disposição de direitos sociais como direitos fundamentais é questão controvertida que depende do ordenamento jurídico em análise, não sendo possível, pois, a análise, em abstrato, da fundamentalidade dos direitos sociais. (SARLET, 2009b, p. 214-215)

Todavia, em que pese a profícua discussão acerca da questão conceitual dos direitos fundamentais, tem-se que o aprofundamento dos aspectos da Teoria dos Direitos Fundamentais extrapola os estreitos limites do presente trabalho pelo que, mantem, ao menos para a finalidade de contextualização do problema da presente pesquisa a definição abstrata de Ferrajoli corroborada com os demais autores citados neste item.

Assim, contextualizado, em abstrato, e, portanto, de modo teórico, “que” direitos são fundamentais, passa agora a caminhar no sentido de expor “quais” direitos são fundamentais em

um determinado ordenamento jurídico, culminando assim, na identificação da saúde como direito fundamental no Brasil.

1.1.1 Evolução histórica do Direito Fundamental à Saúde como Direito Prestacional

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais é importante não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (SARLET, 2009a, p. 36)

Para fins de explicar a evolução histórica dos direitos fundamentais, Sarlet utiliza-se da expressão “dimensões dos direitos fundamentais”. Os direitos de primeira dimensão foram originados em reflexo ao iluminismo dos séculos XVII e XVIII, em que preponderou o reconhecimento da liberdade dos indivíduos em contraposição ao Estado “[...] demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”. (SARLET, 2009a, p. 46).

Os direitos de segunda dimensão foram originados nos decorrer do século XIX sob impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, onde se constatou que a liberdade e igualdade formal eram insuficientes para garantir a justiça social, demandando que o estado passasse a intervir positivamente na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, tais como, assistência social, saúde, educação, trabalho, etc... (SARLET, 2009a, p. 46-47).

Apenas por registrar, tem-se que a expressão “*dimensão de direitos fundamentais*” é utilizada em substituição à expressão “*geração de direitos fundamentais*”, que teria sido apresentada pela primeira vez pelo jurista tcheco Karel Vasak e reproduzido pelo jurista brasileiro Paulo Bonavides, expressão esta que tem sido criticada na doutrina ao fundamento de que tal expressão passaria uma equivocada idéia e sobre substituição das gerações umas pelas outras quando, em verdade, o que se pretende identificar é que os direitos fundamentais têm evoluído para novos patamares sem prejuízo dos primeiros. (SARLET, 2009a, p. 45) e (BONAVIDES, 2006, p. 563).

Ademais, direitos que seriam estrutural e funcionalmente próprios da primeira geração, como a intimidade, passaram a ser reconhecidos nacional e internacionalmente juntamente com os

direitos de terceira e quarta, pondo-se em dúvida se a classificação deve considerar a estrutura ou aspectos cronológicos. (SAMPAIO, 2004, p.) Daí que na segunda metade do século XIX e início do século XX começaram a surgir na Europa as Constituições Sociais democráticas de Direito, passando do Estado Liberal para o chamado Estado Social, tendo como marco histórico a Constituição de Weimar (Alemanha) de 1919.

No entanto, malgrado os relevantes avanços do surgimento dos direitos de segunda dimensão, a efetividade dos direitos fundamentais sociais fora consagrada apenas no pós-segunda grande guerra mundial, com o surgimento dos direitos de terceira geração e do Estado Constitucional de Direito.

Isso decorreu do fato de que fora nesta época histórica não havia diferença no mecanismo de alteração de leis constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, tratava-se de constituições flexíveis, bem como, que as normas contidas na constituição tinham natureza programática destituídas de qualquer aplicação no caso concreto que dependia de regulamentação da legislação infraconstitucional.

O chamado Estado Constitucional de Direito surge, portanto quando as normas constitucionais na Europa (Itália em 1947 e Alemanha em 1949) passaram a ser dotadas de eficácia plena, bem como quando restou determinado que as normas constitucionais não poderiam ser alteradas senão por procedimento diverso e mais complexo que na legislação infraconstitucional e ainda, que esta estaria subordinada àquela sob pena de nulidade, definição do princípio da supremacia constitucional, surgindo portanto o que Ferrajoli denominou modelo constitucional-garantista conforme explicitado supra, que no Brasil, culminou com a promulgação da Constituição de 1998 vigente. (BARROSO in SOUZA NETO, SARMENTO, 2007, p. 209-210).

Ademais, conforme preleciona Daniel Sarmento, a teoria liberal que concebia os direitos fundamentais como limites impostos ao poder do Estado, impunham a este um dever jurídico de abstenção, mas que, no entanto com o advento do Estado Social, aliado à progressiva sofisticação nos estudos do Direito Constitucional na Europa, sobretudo no período de reconstrução que se seguiu ao fim da 2ª Guerra Mundial, não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais também sofreram mudanças, pois que trouxe o que chamou de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2008, p. 106)

Para Sarmiento a dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política, pois que, seus efeitos não podem mais se resumir à limitação jurídica do poder estatal, mas devem irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e ordenando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que este fenômeno observado caracterizou a transição a passagem do modelo do Estado Liberal para o do Estado Social. (SARMENTO, 2008, p. 105-106).

Segundo o citado autor é essa dimensão objetiva que permite a atribuição de efeitos jurídicos concretos mesmo àquelas normas consagradoras de direitos fundamentais que, pela sua natureza, carecem de integração legislativa para criação de direitos subjetivos fruíveis pelos seus titulares. (SARMENTO, 2008, p. 107)

Neste diapasão, as Constituições do segundo pós-guerra passaram a reconhecer não apenas direitos de liberdade (faculdades ou “direitos de”) próprios do Estado liberal e que representam condições naturais ou pré-políticas de existência (vida, liberdade, propriedade, imunidades perante o poder político, etc.), mas também outras categorias de direitos representando expectativas (obrigações ou “direitos a”) voltadas à subsistência, no que se insere: moradia, educação e saúde, sendo este último o objeto de estudo no presente trabalho. (COSTA, 2008, p. 94)

Deste modo, entendido o Direito prestacional fundamental à saúde, passa agora relacionar dogmaticamente os direitos fundamentais com a democracia, a fim de contextualizar o objetivo do presente trabalho que é, conforme dito alhures, verificar a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito fundamental à saúde.

1.1.2 Os direitos fundamentais e seu nexos com a democracia constitucional.

Inexorável é a relação entre democracia e direitos fundamentais haja vista a posituação de direitos fundamentais na Constituição ao mesmo tempo em que favorece a proteção dos direitos fundamentais fixados em benefício do cidadão, também conduzem a uma constante restrição do poder político de titularidade do próprio povo. (MORAIS, 2012)

A parte disso, enorme é a discussão acerca de quais direitos, positivados na Constituição ou não seriam fundamentais ou se só seriam fundamentais os direitos assim positivados em uma constituição democrática.

Para Ferrajoli, através do critério axiológico, ou seja, ligados à filosofia política ou à noção de justiça, e não à teoria do direito, é que se pode concluir num determinado ordenamento jurídico, quais direitos são fundamentais. Para tanto, o autor faz um paralelo entre quais os direitos devem ser fundamentais de acordo com o seu nexos com a democracia constitucional.

Neste diapasão, as normas constitucionais, ao estarem supra ordenadas às ordinárias, condicionam sua validade, não só enquanto a forma senão também enquanto a sua substância e isto independe de seu conteúdo e do valor axiológico que associamos ou não as mesmas. Segundo o autor em razão da rigidez da constituição são direitos fundamentais os limites, quando consistem em expectativas negativas, e os vínculos, quando consistem em expectativas positivas. (FERRAJOLI, 2009, p. 339)

Ferrajoli distingue por estes critérios, as distintas dimensões da democracia constitucional: por um lado, a democracia formal, gerada pelos direitos secundários ou de autonomia e articulada nas formas, referidas ao “quem” e ao “como” da decisão, a democracia política, fundadas, uma sobre os direitos civis, e a outra sobre os direitos políticos; por outro lado, a democracia substancial, determinada pelos direitos primários ou substanciais e articulada nas duas dimensões, relativas ao “que” das decisões, da democracia liberal (ou liberal-democracia) e da democracia social (ou socialdemocracia), baseadas uma nos direitos de liberdade, e a outra nos direitos sociais. (FERRAJOLI, 2009, p. 339)

Neste ponto colaciona a conhecida assertiva de Ferrajoli quanto a sua distinção entre democracia formal e democracia substancial, de que a primeira se projeta sobre o “quem” e o “como” se decida, a segunda sobre “que” é “decidível” ou não “decidível”. (FERRAJOLI, 2009, p. 340)

As expressões “democracia substancial” e “democracia formal” não estão isentas de críticas, tendo em vista a confusão semântica gerada pela ligação da expressão democracia a um determinado conteúdo substancial, tais como todo um catálogo de direitos civis, políticos, sociais e de liberdade acabaria por aleijar-se notavelmente o significado léxico da expressão “democracia” que historicamente, sempre tem incorporado uma referência ao “quem”, e ao “como”, decidir, por em cima do “que” decidir. (PINTORE, 2009, p. 248)

Contudo, não há como negar que, ao menos empiricamente, ou seja, historicamente falando, as constituições democráticas são as que asseguram a garantia dos direitos e a separação de poderes. (FERRAJOLI, 2009, p. 339)

Outrossim que, à parte da profícua discussão acerca da expressão “democracia substancial” e do próprio fundamento dos direitos fundamentais, travada por diversos doutrinadores, tais quais, Michelangelo Bovero, Anna Pintore e Luca Baccelli, tem-se que, para o delimitado objeto do presente trabalho, entende-se que a discussão trazida aqui, poderia desviar o leitor do foco do trabalho, que é a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e os reflexos no orçamento público.

Deste modo, para a proposição do presente trabalho, impõe-se destacar apenas que os direitos fundamentais estabelecidos por uma constituição rígida impõem os limites e vínculos substanciais, mais ou menos pressionados segundo o seu grau de rigidez. (FERRAJOLI, 2009, p. 342)

Para ressaltar, com a expressão constituição rígida Ferrajoli quer dizer, a imutabilidade dos princípios, dos direitos e dos institutos nela previstos senão mediante procedimentos de revisão diferenciados, e ao controle jurisdicional da constitucionalidade a respeito das leis ordinárias reunidas com aquela, bem como, com o grau que as normas constitucionais supra-ordenam a todas as outras fontes do ordenamento, ou seja, com a normatividade das primeiras em relação às segundas. (FERRAJOLI, 2006. 23)

Deste modo os direitos fundamentais são segundo Ferrajoli: a) direitos de imunidade ilimitados, dado que sua garantia não interfere com outros direitos; b) direitos de liberdade (distintos das simples liberdades, que não são, de forma alguma, direitos), que encontram os limites impostos por sua convivência com os direitos de liberdade dos demais; c) direitos sociais cujos limites não estão nos direitos fundamentais de outro tipo, senão só nos custos de sua satisfação, financiados com a arrecadação fiscal, em prejuízo dos direitos patrimoniais; d) direitos-poder, que são, justamente, os que as leis, em função da tutela e da satisfação dos demais direitos constitucionais estabelecidos pelas constituições, tem a tarefa de submeter a limites, vínculos e controles jurisdicionais de validade e licitude. (FERRAJOLI, 2009, p. 353-354)

Sarlet (2009, p. 62) acrescenta que, com relação à materialidade, ou seja, ao caráter cogente dos direitos fundamentais, no estado democrático, sustenta que “os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material”.

Por fim, insta apresentar a ressalva do doutrinador alemão Robert Alexy qual categoriza os Direitos fundamentais sociais como direitos a prestação em sentido estrito, que por sua vez são “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.” (ALEXY, 2008, p. 499).

Deste modo, pode-se concluir neste ponto que os direitos fundamentais de caráter normativo dependem de uma constituição rígida, bem como, que os direitos fundamentais sociais no qual se insere o direito prestacional à saúde, dependem do modelo democrático adotado em determinado sistema jurídico, que se preocupe não só com a democracia formal, mas substancial, e não só com a democracia liberal, mas social democracia e ainda, que à parte do modelo democrático, a efetivação do direito social à saúde depende da disponibilidade do orçamento, dados os custos de sua efetivação.

1.1.3 Direito fundamental à saúde no Brasil

Para entender melhor a evolução da efetivação do direito à saúde no Brasil, insta repassar, em linhas gerais, os fatos históricos que demonstram a preocupação com a saúde pública no Brasil.

Segundo o autor Luiz Roberto Barroso a saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa, período em que eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. (BARROSO, 2008, p. 20)

Contudo, entre 1870 e 1930 que o Estado passa a praticar ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial que obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas, conseguindo, inclusive, erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro. Observa ainda o referido autor que, durante o período de predominância desse modelo, não havia, contudo, ações públicas curativas, que ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade. (BARROSO, 2008, p. 20)

Apenas na década de 30, dá-se início a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas que se concretizaram através da criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e com a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs). No entanto, a saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo-se a

beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência (BARROSO, 2008, p. 20-21).

Ao longo do regime militar, os (IAPs) foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), bem como que, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, mas, no entanto, o novo sistema continuava a beneficiar apenas o trabalhador urbano com carteira assinada que era contribuinte, não obstante o grande contingente da população brasileira que não integrava o mercado de trabalho formal continuar excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública. (BARROSO, 2008, p. 21)

Neste contexto é que a partir da constituição de 1988 com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde que culminou com a criação do Sistema Único de Saúde e desde então, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde. (BARROSO, 2008, p. 21)

Assim, atualmente o Direito fundamental à saúde encontra-se positivado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo considerado no art. 196, um direito de todos e dever do Estado¹. Ocorre que, estando o direito à saúde, inserido no Título II: Dos direitos e garantias fundamentais, forçoso concluir, por interpretação sistemática da lei que, aos direitos sociais previstos no capítulo II, nele incluído o direito à saúde em análise, aplica-se o disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Ainda mais quando, não obstante constar a norma inserida em parágrafo vinculado ao artigo 5º da Constituição tem-se que o seu parágrafo segundo faz expressa extensão ao comando contido no parágrafo primeiro aos direitos e garantias expressos, não só fora do artigo quinto, mas fora até da constituição ou da lei pátria.

Nesse sentido manifestou o ministro do STF Gilmar Mendes, fundamentando que a Constituição brasileira de 1988, ao incluir o parágrafo primeiro da Constituição, filiou-se ao princípio da

¹ [...] TÍTULO II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais
[...] CAPÍTULO II- DOS DIREITOS SOCIAIS. Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...] TÍTULO VIII- Da Ordem Social. [...] Seção II- DA SAÚDE. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais que se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais. (MENDES, 2000, p. 134).

Neste ponto, Ricardo Seibel de Freitas Lima acrescenta outro importante dado contido na constituição brasileira de 1988 como contribuição hermenêutica na defesa da aplicabilidade imediata e, por conseguinte, se há possibilidade de concessão de tutela específica deste direito à sociedade, lembrando as disposições contidas no preâmbulo de nossa Constituição, *verbis*:

[...] é importante, ainda, mencionar algumas disposições constantes do Preâmbulo e do título referente aos Princípios Fundamentais, que guardam evidente relação com o tema em pauta. Assim, no Preâmbulo fica expresso que o Estado Democrático instituído pela norma constitucional é destinado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, entre outros valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (LIMA, 2010, p. 238)

Outrossim, é imprescindível notar que o direito à saúde está vinculado intimamente ao direito à proteção à dignidade da pessoa humana que, é, por sua vez, princípio fundamental da república federativa do Brasil, à teor do que dispõe o art. 1º da Constituição Federal de 1988².

Neste ponto Ingo Sarlet afirma que a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia. (SARLET, 2010, p. 80)

Em arremate, insta registrar que a Lei n. 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”, a fim de extirpar qualquer dúvida sobre a natureza de direito fundamental com aplicabilidade imediata ao direito à saúde no Brasil, dispõe expressamente em seu art. 2º e §1º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício³.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

³ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

Além da legislação pátria, o direito à saúde ainda encontra-se garantido no artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, regularmente ratificado e incorporado pelo Brasil. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 40)

Outrossim, tem-se que o direito a saúde, na qualidade indivisível de direito humano fundamental, tem vasta proteção internacional, garantida por diversos outros tratados, *verbis*: Convenção Interamericana Sobre os Direitos Humanos – São José da Costa Rica – 1969 (Decreto 678/1992) que dispõe no capítulo sobre o Direito à vida, artigo 4, item 1: “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção [...]”

E ainda, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) – 1988 (Decreto 3321/99) que prevê em seu Artigo 10, sobre Direito à saúde, o seguinte:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Deste modo torna-se com base na norma internacional e na legislação nacional vigente elementar a afirmação de que a saúde é também direito fundamental e, portanto, assegurado mediante direitos, garantias e deveres fundamentais (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 14).

Como corolário desta caracterização do direito social à saúde no rol dos direitos fundamentais, tem-se que, por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, ou seja, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão pelo poder de reforma constitucional, o direito social à saúde, encontra-se sujeito à lógica do artigo 5º, §1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, dentro das circunstâncias do caso concreto. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 18-19)

Deste modo, encerrada a fase da contextualização acerca da evolução dos direitos fundamentais, situando-se, pois o direito à saúde nos direitos denominados de segunda geração ou dimensão, categorizado como direito social, humano, positivo, e que deve ser reconhecido como direito primário de todos os seres humanos, independentemente de sua qualidade de cidadão ou capacidade de agir e direito em que há uma expectativa de prestação por parte do Estado, bem como, devidamente contextualizado no presente trabalho o direito fundamental à saúde na legislação brasileira, passa agora a apresentar a fundamentação teórica favorável à intervenção do judiciário nas políticas públicas e no orçamento.

1.2 Fundamentação teórica favorável à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos

Antes de tudo, é preciso deixar claro que não há argumentação teórica favorável ou contrária à intervenção do judiciário nos demais poderes que independam de contexto histórico, cultural, social e ainda legal que se encontra o sistema jurídico em análise.

Outrossim, que os próprios doutrinadores que muitas das vezes aparentam estar em linhas opostas na defesa da legitimidade ou não da intervenção do judiciário, em maior ou menor grau, sempre ressalvam as condições da aplicação de sua teoria a um contexto em que sua aplicação é mais benéfica para a sociedade.

Neste diapasão, o que se observou é que, quer seja para a defesa da intervenção do judiciário, quer seja para a não intervenção, o critério que se busca é sempre a proteção da democracia, assim entendida como aquela que busca a igualdade real, proteção de direitos fundamentais, segurança jurídica, etc.

Assim, antecipando a conclusão deste tópico, a fim de que a leitura da fundamentação teórica favorável e contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos considere os pontos de congruência entre as mesmas, pede-se que se detecte o fundamento comum na proteção da democracia e ainda, que as ressalvas dos autores, terminam por permitir a convivência das teorias, que, a primeira vista, parecem antagônicas.

1.2.1 Garantismo Jurídico como fundamento do controle judicial de Luigi Ferrajoli

A teoria garantista foi introduzida por Luigi Ferrajoli em sua obra *Diritto i Ragione: Teoria Del garantismo penale*, publicada em 1989 na Itália e traduzida para o espanhol em 1995.

No livro citado, Ferrajoli apresenta a Teoria do Garantismo Penal em três acepções da palavra garantismo e, ao final de seu capítulo 13, apresenta a possibilidade de extensão da teoria para as demais áreas do direito iniciando, portanto uma teoria geral do garantismo jurídico. (FERRAJOLI, 1995, p. 851-854)

A reunião das três acepções da palavra garantismo formam os elementos essenciais da teoria geral do garantismo de Ferrajoli. Neste sentido, a fim de compreender a teoria geral do garantismo jurídico de Ferrajoli, segue-se então para a apresentação das três acepções do garantismo.

Na primeira acepção, “garantismo” designa um “modelo normativo de direito”. Nesta acepção, própria do estado de direito, caracteriza-se pela vinculação do Poder Público à norma positivada, que deixa de ser mero pedaço de papel e passa a conter técnicas coercitivas, ou seja, garantias que permitam o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo. (FERRAJOLI, 1995, p. 852)

Na segunda acepção, vinculada à Teoria do direito, “garantismo” designa uma teoria jurídica da “validez” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, senão também a respeito das “existências” ou “vigências” das normas. Neste sentido, a teoria garantista é, pois, uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um ou outro vigentes. (FERRAJOLI, 1995, p. 852-853)

Na terceira acepção, ligada à Filosofia do direito e crítica da política, o termo “garantismo” designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado a carga da justificação externa conforme os bens e os interesses cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos.

Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, quer dizer, entre “ser”, e “dever ser” do direito. E equivale à assunção de um ponto

de vista unicamente externo aos fins da legitimação e da deslegitimação ético-política do direito e do Estado. (FERRAJOLI, 1995, p. 854)

Neste sentido, os elementos essenciais de uma teoria geral do garantismo, a qual se pretende neste trabalho aplicar como fundamento da intervenção do judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde no Brasil são, em síntese: o caráter vinculado do poder público no estado de direito; a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade. (FERRAJOLI, 1995, p. 854-855)

Deste modo, para Ferrajoli, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo de “deslegitimação” interna do direito, que reclama dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica face às leis vigentes, a causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui desenhada implica tanto em sua aplicação como em seu desenvolvimento: o ponto de vista normativo ou prescritivo do direito válido e o ponto de vista fático ou descritivo do direito efetivo. (FERRAJOLI, 1995, p. 853)

Em estudo da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, o doutrinador Anderson Rosa Vaz anunciou que, na esteira da teoria garantista de Ferrajoli, é possível valorar o direito pelo direito, ou seja, a validade das normas jurídicas considerando-as, ainda que positivadas no plano formal, como sendo materialmente inválidas e, neste sentido, ainda que tenham existência formal (normas vigentes) e mesmo que já tenha histórico de força normativa (eficácia), o aplicador não está obrigado a aplicá-las tendo em vista o dever do juiz em valorar o direito com base nos valores positivados nas normas de nível constitucional, sendo, pois tarefa do jurista valorar as normas sobre a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores. (VAZ, 2011, p. 296-297)

Conforme esposado supra, as constituições democráticas são as que asseguram a garantia dos direitos e a separação de poderes, de modo que, a democracia constitucional garante não só formalmente os direitos, referidas ao “quem” e ao “como” da decisão judicial, mas também garante substancialmente a efetivação dos direitos nas decisões judiciais, relativas ao “que” das decisões.

Para Ferrajoli, o garantismo jurídico promovido pela constitucionalização dos direitos fundamentais resulta da positivação dos direitos fundamentais como limites e vínculos

substanciais à legislação positiva, saindo do princípio da estrita legalidade ou legalidade formal para a legalidade substancial.

Neste sentido, pela teoria garantista, já não é mais possível pensar a existência de direito sem sua respectiva garantia, a qual, se houver, deve ser considerada como uma indevida lacuna que os poderes públicos internos e internacionais têm a obrigação de corrigir, cabendo ao legislativo o dever de suprir a lacuna através da positivação de suas respectivas garantias e ao judiciário efetivar o direito dando caráter substancial à legislação positiva independentemente de existência de lacunas na legislação.

O garantismo, neste aspecto, é a outra cara do constitucionalismo, e consiste no conjunto de técnicas idôneas para assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos constitucionalmente reconhecidos e nesse sentido, em segundo lugar, de que o paradigma da democracia constitucional é, todavia um paradigma embrionário, que pode e deve ser estendido em uma tripla direção (FERRAJOLI, 2009. p.374): 1) Antes de tudo, uma garantia para todos os direitos e não só dos direitos de liberdade, senão também dos direitos sociais; 2) Em segundo lugar, frente a todos os poderes, não só os poderes públicos senão também os privados tanto nacionais como transacionais e 3) Em terceiro lugar, a todos os níveis, não só do direito estatal, senão também do internacional.

Para Ferrajoli, o futuro do constitucionalismo jurídico, e com ele da democracia, se encontra encomendada a uma tripla articulação e evolução: Para um constitucionalismo social, somado ao liberal, para um constitucionalismo de direito privado, somado ao de direito público; e para um constitucionalismo internacional, somado ao estatal. (FERRAJOLI, 2009. p.374-375)

Todas as formas de garantia *ex lege* tendem a assegurar a todos um mínimo vital e, em particular, a de ingresso mínimo garantido, requereriam formas de arrecadação fiscal ou suficientemente progressivas como para recuperar seu custo dos titulares de rendas nitidamente superiores. (FERRAJOLI, 2009. p.376)

Neste ponto Luigi Ferrajoli ressalva a questão dos custos dos direitos prestacionais social, como é o caso do direito à saúde alertando também para a má destinação dos recursos públicos, quando afirma que por onerosas que sejam a garantia do mínimo vital, da igualdade social mínima, em todo caso, preferíveis, no plano jurídico, político-administrativo e, incluso, econômico, aos gastos produzidos pelos enormes aparatos burocráticos e parasitários que hoje administram a

assistência social, em ocasiões, de forma corrupta e com critérios clientelistas e discriminatórios. (FERRAJOLI, 2009. p.376)

Deste modo a garantia dos direitos fundamentais é o fim, ou a razão social do Estado Constitucional de Direito.

Em seguida, apresentado no presente trabalho como se devem interpretar os direitos fundamentais, quanto à sua aplicação e efetividade na perspectiva da teoria geral do garantismo, passa agora a analisar qual o papel do juiz na efetivação destes direitos.

Ferrajoli em sua obra publicada em Madrid na Espanha pela primeira vez em 1999, com o título “Derechos y garantías: La ley do más débil” apresenta importantes fundamentos sobre o papel do juiz na efetivação dos direitos fundamentais, no por ele chamado, modelo constitucional-garantista. (FERRAJOLI, 2004. p. 25-28)

Nesta obra, Ferrajoli defende que a validade das normas no Estado constitucional de direito e, ao mesmo tempo, da relação entre as que se tem chamado “democracia política” (ou formal) e “democracia substancial” se reflete em um reforço do papel da jurisdição e em uma nova e mais forte legitimação democrática do poder judicial e de sua independência. (FERRAJOLI, 2004. p. 25-26)

Para o autor, os desníveis entre normas, que estão na base da existência de normas inválidas, e, por outra parte, a incorporação dos direitos fundamentais no nível constitucional, mudam a relação entre o juiz e a lei e atribuem à jurisdição uma função de garantia do cidadão frente às violações de qualquer nível da legalidade por parte dos poderes públicos. (FERRAJOLI, 2004. p. 26)

Com efeito, a sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que for seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a constituição e, no modelo constitucional-garantista, a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. (FERRAJOLI, 2004. p. 26)

Para Ferrajoli, a interpretação judicial da lei no modelo constitucional-garantista não deve se dar apenas no nível de subsunção da lei positividade ao caso concreto, mas sim, deve se fazer juízo

da própria lei, ou seja, se esta é compatível com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais nela estabelecidos.

Esta independência do judiciário frente aos demais poderes se dá precisamente porque os direitos fundamentais sobre os quais se assenta a democracia substancial estão garantindo a todos e a cada um de maneira incondicionada, incluso contra a maioria, de modo que, o poder judicial, está especificamente concebido para garantia dos direitos fundamentais. (FERRAJOLI, 2004. p. 27)

Assim, conforme se depreende do texto de Ferrajoli, o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição é justamente o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, devendo, pois, por conseguinte, o poder judicial ser órgão independente dos demais poderes, legislativo e executivo, embora sejam estes poderes de maioria.

Outro doutrinador que forneceu importante contribuição na fundamentação teórica da judicialização dos direitos fundamentais através do *judicial review* é o jurista americano Ronald Dworkin, que passa a apresentar.

1.2.2 A Leitura moral da constituição de Ronald Dworkin

Dworkin defende a leitura moral da constituição como fundamento do *judicial review*, ou seja, na proposição do autor, todos nós, juízes, advogados e cidadãos, devemos interpretar e aplicar os dispositivos legais abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. (DWORKIN, 2006, p.2)

Na leitura moral de Dworkin, insere-se, pois, a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional e todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los, que, no sistema norte-americano estudado por Dworkin, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte. (DWORKIN, 2006, p. 2-3)

Deste modo, não fere a democracia o fato de que os juízes não são eleitos pelo povo, quando, em verdade, é o Poder legislativo eleito pelo povo que elege quem tem a última palavra em questão de interpretação, aplicação e defesa dos direitos dos cidadãos. Neste diapasão tem-se que a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham. (DWORKIN, 2006, p.10)

Dworkin critica a noção de que a democracia é prejudicada quando ocorre revisão judicial de atos do legislativo nos seguintes termos: Democracia significa governo do povo. No entanto, Dworkin levanta o questionamento sobre como se dá este governo do povo que chama de premissa majoritária. Numa concepção política de democracia, a premissa majoritária é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político, pois insiste que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir. (DWORKIN, 2006, p. 24)

Na visão de Dworkin, em determinadas situações a premissa majoritária não deverá predominar, haja vista que existem casos em que há necessidade de limitar o poder da maioria para protegerem-se os direitos individuais. Neste sentido é que Dworkin defende a concepção constitucional de democracia, que possibilita a existência de outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas quando as instituições majoritárias não a fazem, pois que, segundo a premissa majoritária, a liberdade pode ser prejudicada quando uma decisão política contradiz aquilo que a maioria dos cidadãos prefere ou julgue correto, mesmo quando todos possam refletir baseados em informações suficientes. Para Dworkin, não há liberdade quando os indivíduos sempre tiverem de se curvar à vontade da maioria. (DWORKIN, 2006, p. 25-27, p. 32, p. 34)

Além do problema da liberdade, Dworkin enfrenta ainda a questão da igualdade, pois que os defensores da premissa majoritária também argumentam que a igualdade fica comprometida quando há decisões que não socorrem à decisão democrática da maioria. (DWORKIN, 2006, p. 40-41).

Não obstante, Dworkin contesta a assertiva sob o fundamento de que essa igualdade é apenas política e não real, ou seja, ainda que politicamente todos sejam iguais, ou seja, não sejam excluídas, mulheres, adolescentes, analfabetos, idosos, etc., ainda assim, o povo terá de, com frequência, curvar-se a vontade alheia. (DWORKIN, 2006, p. 44)

Por último, os adversários da leitura moral sustentam que esta teoria deixa as decisões políticas mais fundamentais a cargo de uma elite de profissionais de direito, enfraquecendo a noção de comunidade perante o povo, sendo que para eles, a discussão pública da justiça constitucional ganha em qualidade e as pessoas ficam mais mobilizadas para o debate deliberativo quando essas

questões não são decididas pelos tribunais judiciais, mas sim pelo legislativo. (DWORKIN, 2006, p. 44, p. 46).

Não obstante, Dworkin defende que, poderá haver, no debate público generalizado que precede ou sucede uma decisão judicial, melhor qualidade de discussão e a contribuição do cidadão pode ser mais cuidadosa e mais genuinamente movida pela ideia de bem público do que na guerra política que culmina com uma votação do legislativo ou mesmo com um plebiscito. (DWORKIN, 2006, p.46)

Em complementação afirma Dworkin que embora o processo político que conduz a uma decisão legislativa possa até ser um processo de alta qualidade, ainda existem os casos em que isso não acontece, sendo que, mesmo quando o debate é esclarecedor, o processo majoritário estimula a adoção de solução de meio-termo que põem em segundo plano importantes questões de princípio e defende que, em contraposição, os processos legais constitucionais podem provocar e de fato já provocaram uma discussão pública generalizada sobre a moralidade política. Por fim conclui que a revisão judicial das normas pode ser “um modo superior de deliberação republicana sobre alguns assuntos, mas assume que não tem informações suficientes para afirmar categoricamente isso ou o contrário”. (DWORKIN, 2006, p. 47).

Para Dworkin, quando os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, pois que o acesso aos tribunais é efetivamente possível. Assim, defende que, o ganho para as minorias, sob essas condições, é maior num sistema de revisão judicial de decisões legislativas, tal qual ocorre nos Estados Unidos, o que promove o ideal de democracia, e não o contrário. De qualquer modo, “a revisão judicial do processo político apenas policia a democracia; não procura sobrepor-se a ela como faz a revisão judicial da substância”. (DWORKIN, 2006, p. 32, p. 43)

Assim, Dworkin afirma que a revisão judicial por um tribunal constitucional apóia-se numa ressalva ao princípio do governo da maioria, ou seja, a de que a maioria possa ser obrigada a ser justa, contra a sua vontade, sendo certo que, nestes casos, sua contestação ao governo da maioria é diferente da rejeição inequívoca deste. (DWORKIN, 2006, p. 164) Para tanto, o Juízes decidem casos difíceis tentando encontrar, um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. (DWORKIN, 2003, p. 305)

No mesmo sentido já manifestou John Ferejohn e Pasquale Pasquino que, em contribuição ao pensamento de Dworkin, afirmam que a pressão por legitimidade sobre as cortes constitucionais pode ser amenizada através da adoção de medidas que visem isolar os juízes da pressão política e possibilitem que eles criem procedimentos que garantam imparcialidade, tais como a realização das sessões fechadas de julgamento, a formulação de pareceres em nome da corte, etc., além do fato de que os tribunais constitucionais devem formular as suas decisões com base em justificativas razoáveis, que se fundamentam em atos concretos de instituições que tenham sido eleitas, provendo uma justificativa indiretamente democrática para os atos públicos. (FEREJOHN; PASQUINO, 2010, p. 42-45)

Outrossim, mesmo quando não se consegue traçar o vínculo entre as deliberações jurídicas e os atos legislativos, se estas estão enraizadas em princípios morais e constitucionais que fundamentam o regime democrático, a argumentação jurídica pode ser compreendida como democrática, de modo indireto, pois que se tratam neste caso de desdobramento dos princípios democráticos. (FEREJOHN; PASQUINO, 2010, p. 45)

Após o estudo do pensamento de Luigi Ferrajoli e de Ronald Dworkin, pode-se observar que, muito embora, de um lado Luigi Ferrajoli figura como positivista, que não aceita a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhece que pode haver uma ligação contingente entre estas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica e que, de outro Ronald Dworkin, figura como não positivista afirmando que Moral e Direito têm uma conexão necessária, ambos defendem teorias de democracia mais substantivas que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias através da intervenção do judiciário nos atos dos demais poderes.

1.2.3 (neo) Constitucionalismo

Não é possível deixar de dizer que as teorias de Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli, dentre outros, são utilizadas para embasar esse fenômeno histórico mundial que se convencionou chamar de constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo, motivo pelo qual, passa a estudar de modo pormenorizado.

Desde já cumpre ressaltar que, conforme expôs Ana Paula Barcelos, a expressão “neoconstitucionalismo” tem sido utilizada para designar o estado do constitucionalismo

contemporâneo que traz a questão da normatividade, centralidade e superioridade da Constituição dos termos teóricos para os termos concretos, não obstante vinculado à seu contexto histórico. (BARCELLOS, 2008)

Conceitualmente falando, no neoconstitucionalismo, o princípio da separação de poderes perde espaço ao poder dever de fiscalização da constituição e dos princípios de direitos fundamentais a cargo do judiciário.

Segundo um dos desenvolvedores do neoconstitucionalismo, o jurista italiano Paolo Comanducci, pode ser concebido como uma teoria do direito, compatível com o positivismo jurídico, especialmente atento aos traços que caracterizam a evolução de muitos dos ordenamentos jurídicos das democracias contemporâneas, ou seja: a existência de uma Constituição rígida; a institucionalização do controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, a consideração do texto constitucional não só como um texto programático, mas como um texto com força vinculante, isto é, com capacidade de gerar efeitos jurídicos. (COMANDUCCI *apud* MORESO, 2010).

No paradigma neoconstitucionalista, o guardião da constituição e da democracia é o Poder Judiciário, posição esta que, conforme será analisada adiante, é objeto das críticas, pois, que, numa primeira análise, estaria desconsiderando o papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo, na interpretação constitucional. (SARMENTO, 2009b, p. 122)

Do ponto de vista metodológico-formal, o neoconstitucionalismo é fundamentado na normatividade da Constituição, ou seja, que as disposições constitucionais são dotadas de imperatividade, na superioridade da Constituição sobre a legislação infraconstitucional e na sua posição como fonte interpretativa dos demais ramos do Direito. (BARCELLOS, 2008)

Noutra ponta, do ponto de vista material, o neoconstitucionalismo é a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2008)

Pois, entendido os seus aspectos conceituais, tratando-se o neoconstitucionalismo de um fenômeno histórico mundial, insta apresentar seu surgimento no mundo, bem como, na Brasil.

Luiz Roberto Barroso conta que o marco histórico do neoconstitucionalismo deu-se na Europa continental do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália e ainda que, no Brasil, o marco histórico do novo direito constitucional foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que caracterizou-se na efetivação dos direitos constitucionais. (BARROSO, 2007, p. 2)

Neste diapasão, a reconstitucionalização da Europa ocorrida após a 2ª Guerra Mundial e ao longo da segunda metade do século XX aproximou as ideias de constitucionalismo e de democracia produzindo uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático, etc. (BARROSO, 2007, p. 3).

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Constituição alemã de 1949, especialmente, com a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951, sendo que, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. (BARROSO, 2007, p. 3)

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, com fincas na soberania do Parlamento inspirada na doutrina inglesa do liberalismo contido na concepção francesa da lei, sendo que, somente a partir do final da década de 40 a onda constitucional trouxe não só novas constituições, mas também um novo modelo de interpretação das leis, inspirado pela experiência americana da supremacia da Constituição com sua proteção a cargo do judiciário, que culminou na criação em vários países do mundo dos tribunais constitucionais. (BARROSO, 2007, p. 6)

Inicialmente criados na Alemanha (1951) e na Itália (1956), os tribunais constitucionais se irradiaram por todo o mundo, seguindo por Chipre (1960) e Turquia (1961), Grécia (1975), Espanha (1978), Portugal (1982), Bélgica (1984), Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993), Argélia (1989), África do Sul (1996), Moçambique (2003), sendo que atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*. (BARROSO, 2007, p. 7)

No Brasil, até a promulgação da atual Constituição de 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no meio jurídico, bem como que o Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar

posteriormente. (SARMENTO, 2009, p. 124) Outrossim, que as Constituições brasileiras até então, eram destituídas de aplicabilidade direta e imediata, apesar de que, no Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. (BARROSO, 2007, p. 6)

Contudo, a Constituição de 1988, seguindo a tendência mundial neoconstitucionalismo, quebrou este paradigma e criou amplo elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões - direitos individuais, políticos, sociais e difusos - aos quais conferiu aplicabilidade imediata, a teor do que dispõe o art. 5º, Parágrafo 1º da Constituição Federal, e protegeu diante do próprio poder de reforma, instituindo no art. 60, Parágrafo 4º, IV, como cláusula pétrea, além de consagrar o papel do Judiciário com a inafastabilidade da tutela judicial, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV. (SARMENTO, 2009, p. 124)

Como se sabe, no sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade em ações de sua competência originária, conforme dispõe o artigo 102, inciso I da Constituição Federal; por via de recurso extraordinário, artigo 102, III do mesmo instituto e em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas de inconstitucionalidade, declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental. (BARROSO, 2007, p. 7-8)

Neste sentido, tem-se que o neoconstitucionalismo é, pois, um marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; um marco filosófico, pois que, o pós-positivista, centralizou os direitos fundamentais e a reaproximou o Direito da ética e um marco teórico, pois que, representa um conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, 2007, p. 11-12)

Ademais, atualmente no Brasil, dentro da concepção neoconstitucionalista, caso se verifique que as escolhas formuladas em concreto pelo legislativo, ou, da não execução eficiente da escolha do legislativo pelo Judiciário, caberá a intervenção do judiciário, na qualidade de guardião da Constituição, da justiça, igualdade e de todos os demais direitos fundamentais, os quais, se preteridos, podem ser pleiteados em juízo, pois que, tem aplicabilidade imediata.

Não obstante, em linhas gerais, o neoconstitucionalismo como fenômeno mundial defendendo a legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos como guardião da

Constituição, do direito, da democracia, etc., existem ainda alguns os doutrinadores que, apesar de posicionarem favoravelmente à legitimidade desta intervenção, apresentam ressalvas com relação a insofismável limitação do Poder Judiciário, já que, tal quais os demais poderes, são formados por seres humanos que, por si só, implica dizer que são passíveis, também de falhas, o que denota inclusive, a preocupação da doutrina nos reflexos da judicialização dos direitos fundamentais, sem perder de vista sua relação com a democracia.

A seguir apresentará o entendimento de dois importantes doutrinadores que buscaram uma solução dialética para solução do problema da legitimidade do judiciário na intervenção do judiciário nos atos do Poder Legislativo, que são: Cass Sunstein, com sua proposta denominada minimalismo, e John Rawls, com sua teoria da razão pública.

1.2.4 O minimalismo de Cass Sunstein

Como tentativa de solução dialética para o problema da legitimidade do judiciário na intervenção em atos do Poder Legislativo, o professor americano de Direito na Harvard Law School, Cass Sunstein, desenvolveu uma teoria que expressa o fato de que, nem sempre o juiz tem conhecimento ou capacidade técnica para decidir sobre determinado assunto, não sendo possível vislumbrar eventuais reflexos negativos em suas decisões. (SUNSTEIN, 2001, p. 46)

Deste modo, Sunstein defende que a Corte constitucional, ao decidir casos difíceis, deixe de lado questões não resolvidas. O objetivo do texto do Cass Sunstein é defender essa forma de decisão que ele chama de “minimalismo”, com ênfase no sentido procedimental em detrimento do substancial embora reconheça que o sentido substancial também seja importante. (SUNSTEIN, 2001, p. ix)

Uma corte minimalista resolve o caso concreto deixando muitas coisas sem decidir, pois que há muitas coisas que o juiz não sabe, de modo que não podem prever também os reflexos de suas decisões. Em consonância com o entendimento de Cass Sunstein, Adrian Vermeule afirma que Juízes são limitadamente racionais, ou seja, sua capacidade de processar a informação que eles podem obter é limitada, em parte por causa de deficiências cognitivas. (VERMEULE, 2006, p. 3)

Para Sunstein, bons juízes tentam minimizar o custo das decisões erradas, ou seja, diminuir o número e gravidade dos erros, dando pequenos passos, ou seja, proferindo decisões cujos reflexos negativos em face de eventual erro, sejam os menores possíveis. (SUNSTEIN, 2001, p.

46-47) Além disso, deixando coisas sem decidir o juiz permite um continuado espaço para reflexão democrática sobre os temas pelo congresso e os estados. (SUNSTEIN, 2001, p. x)

Como exemplo de uma decisão minimalista Sunstein coloca o seguinte: Quando a corte decide sobre a participação da mulher no Instituto Militar da Virgínia, deixa em aberto a questão base que é a legitimidade da restrição da mulher em instituições masculinas. (SUNSTEIN, 2001, p. 3) Deste modo, o principal objetivo do trabalho de Sunstein é explorar a conexão entre o minimalismo judicial e o autogoverno democrático e trabalhar quais os tipos de minimalismo que servem para promover a deliberação política. (SUNSTEIN, 2001, p. xiv)

Assim, as decisões minimalistas podem ser promotoras de democracia, não só no sentido de que ele deixa assuntos em aberto para democrática deliberação, mas principalmente no sentido de que promove garantia de que importantes decisões sejam feitas por atores democraticamente responsáveis. (SUNSTEIN, 2001, p. 5-6)

Neste diapasão a solução dialética encontrada por Cass Sunstein com o minimalismo é que através deste método os juízes podem promover confiáveis e fundamentadas decisões, sem arriscar a excessiva intervenção nos domínios da política. Neste ponto Cass Sunstein, distingue como os julgamentos podem promover a democracia, reprimir a democracia e permitir a democracia: 1) Promover a democracia: através de julgamentos deliberativos por pessoas democraticamente responsáveis 2) Reprimir a democracia: através de práticas fora dos limites da política 3) Permitir a democracia: apenas validando o que o processo democrático produziu. (SUNSTEIN, 2001, p. 26-28)

Em exemplificação Sunstein afirma que, para evitar reprimir a democracia uma Corte minimalista pode ter de se recusar a ouvir um determinado caso ou decidi-lo de modo mais estreito possível, decidindo somente no caso concreto, deixando os pontos mais controversos em aberto. Até porque, juízes que discordam, ou não tem certeza sobre os fundamentos dos direitos constitucionais, ou sobre o método apropriado de interpretar a constituição, possam estar aptos em concordar sobre como um caso particular deve ser resolvido, bem como, para permitir a democracia, uma corte minimalista tem de evitar adentrar em questões políticas, pois sabe que pode estar errado e, mesmo que estiver certo, sua decisão pode gerar efeitos sistêmicos indesejados. (SUNSTEIN, 2001, p. 26)

E por fim, o juiz minimalista pode promover a democracia, tal como exemplo, quando uma corte interpreta leis ambíguas para evitar decisões contrárias aos interesses democráticos. (SUNSTEIN, 2001, p. 27)

Ademais disso, insta ressaltar que, apesar do fato de que os minimalistas tentam decidir casos ao invés de delimitar regras gerais, isso pode e deve ser feito quando seja necessário (SUNSTEIN, 2001, p. 10-11). Segundo o autor, os casos em que o juiz não pode ser minimalista, são principalmente quando o juiz tem confiança de modo amplo e profundo sobre uma determinada regra, sendo as áreas mais apropriadas ao minimalismo aquelas que envolvem questões de alta complexidade ética e que se encontram produzindo grande debate democrático. (SUNSTEIN, 2001, p. 46)

De modo que, não está impedido de adentrar em questões políticas, bem como, declarar a inconstitucionalidade de normas, por exemplo, caso seja necessário, sendo este, então, o ponto de equilíbrio encontrado por Cass Sunstein.

Esse ponto de equilíbrio é chamado por Cass Sunstein de “estreita conexão entre minimalismo e democracia deliberativa” que se traduz no fato de que, segundo o autor, na democracia deliberativa, onde representantes eleitos pelo povo são responsáveis pelas decisões e suas decisões são tomadas por deliberação, desacordos podem ser uma força produtiva, ajudando a isolar desacordos pontuais e mostrando como diferenças entre os valores do governo podem ser clarificadas, que não podem ser embasadas em interesses pessoais ou força e, do mesmo modo, os julgamentos que são elaborados após reflexão e debate e não são tomados como regras abstratas, permite que as decisões acerca dos casos mais polêmicos permaneçam com o Poder Legislativo, exceto é, claro, como já foi dito, que a interferência se faça necessária para o exercício da democracia. (SUNSTEIN, 2001, p. 24-25)

Para Cass Sunstein, o juiz minimalista coaduna com a democracia deliberativa quando, na máxima do Autor: “torna possível para as pessoas concordarem quando o acordo é necessário, e desnecessário para as pessoas o acordo quando este é impossível” (SUNSTEIN, 2005, p. 28). Isso porque, numa sociedade heterogênea, pessoas razoáveis discordam em grande número de tópicos, o que é conhecido como o fenômeno do “razoável pluralismo” sendo o ponto básico do minimalismo auxiliar a sociedade a lidar com o pluralismo razoável. (SUNSTEIN, 2001, p. 50-51)

Por fim, cabe ressaltar a ressalva que Cass Sunstein fez sobre sua teoria minimalista em que o próprio autor alerta que o minimalismo não se aplica a todos os contextos, pois que, se de um lado o minimalismo reduz custos e promove a democracia, de outro, é possível que uma boa sentença com larga fundamentação evite que outros juízes cometam o erro de decidir de modo diverso em casos semelhantes, e constata: “De fato, não se pode em abstrato decidir quando ou em que medida o minimalismo é apropriado”. (SUNSTEIN, 2001, p. 54-57)

No entanto, apenas para nortear o aplicador do direito, Cass Sunstein estabeleceu em linhas gerais e exemplificativas, algumas generalizações sobre quando aplicar o minimalismo ou não, ou seja, o “maximalismo”. Para o autor, aplica-se o maximalismo: 1) Quando juízes tiverem considerável confiança no mérito da solução; 2) Quando a solução possa reduzir custos incertos no futuro; 3) Quando planejamento antecipado é importante, e 4) Quando a aplicação maximalista promover objetivos democráticos criando precondições para a democracia. (SUNSTEIN, 2001, p. 57)

Em contraposição, aplica-se o minimalismo: 1) Quando juízes procedem no meio de constitucionalmente relevantes factuais ou morais incertezas e sobre circunstâncias que mudam rapidamente. 2) Quando qualquer solução parece ser confundida por casos futuros; 3) Quando a necessidade de planejamento antecipado parece não existir. 4) Quando as precondições para democracia autogovernada não estão sobre foco e os objetivos democráticos não recomendam a produção de um julgamento que sirva de caso paradigma. (SUNSTEIN, 2001, p. 57)

Encerrada a explanação a teoria minimalista de Cass Sunstein, passa agora, conforme apresentado na introdução do presente trabalho, a solução para o problema da legitimidade democrática da intervenção pelo judiciário no legislativo, proposta pelo doutrinador também estadunidense John Rawls e sua teoria da razão pública em contraposição com o regime constitucional com revisão judicial, na expressão de uma democracia constitucional dualista.

1.2.5 A razão pública de John Rawls

Para Rawls, a razão pública é característica de um povo democrático, podendo ser conceituado como sendo a razão de seus cidadãos, ou melhor, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual sendo o objeto dessa razão o bem do público. Assim, numa sociedade democrática, a razão pública “é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição”. (RAWLS, 2000, p. 261-263)

Na opinião do autor, em um regime constitucional com revisão judicial, ou seja, com a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade das leis, a razão pública é a razão de seu supremo tribunal. No entanto, embora a razão pública seja bastante apropriada para ser a razão do tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, não o é, de intérprete último da lei mais alta. (RAWLS, 2000, p. 281).

Assim, a solução dialética encontrada por John Rawls encontra-se no fato de que, para ele, o poder supremo de um governo constitucional não pode caber nem só ao legislativo, nem só ao supremo tribunal, mas sim, aos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo. (RAWLS, 2000, p. 283)

Neste sentido Rawls afirma que o supremo tribunal harmoniza-se com essa ideia de democracia constitucional dualista, ou seja, como um dos dispositivos institucionais para proteger a lei mais alta evitando que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou por interesses estreitos organizados na obtenção de interesses escusos. De modo que, quando o tribunal assume esse papel e o desempenha efetivamente, é claro que não é antidemocrático fazê-lo. (RAWLS, 2000, p. 284)

No entanto, Rawls ressalva que os juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral, tampouco invocar suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas, mas devem fundamentar suas decisões nos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e razão pública. (RAWLS, 2000, p. 287)

Não discorda John Rawls que é realmente antimajoritário no que se refere à lei ordinária atribuir a um tribunal não eleito poderes de revisão judicial pode declarar tal lei inconstitucional. Não obstante, contrapõe que é a própria autoridade superior do povo dá sustentação a isso, pois que o Judiciário é único ramo do Estado que é direta e visivelmente a criação dessa razão, já que é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. (RAWLS, 2000, p. 286).

Em arremate, John Rawls afirma que o papel do tribunal como instituição exemplar da razão pública tem também a função de dar força e vitalidade à razão pública no fórum público; por

meio de seus julgamentos autorizados sobre questões políticas fundamentais, interpretando clara e efetivamente a constituição de uma forma razoável. (RAWLS, 2000, p. 288)

1.2.6 O pragmatismo jurídico

Quando o judiciário necessita recorrer a outras áreas do conhecimento, como a economia, para preocupar-se, não só com os fundamentos jurídicos de sua decisão, mas também dos seus reflexos políticos e econômicos, trata-se de um fenômeno conhecido como pragmatismo jurídico, que contrapõe-se ao formalismo jurídico que ser apresentado adiante e, de certa forma, contrapõe-se ao minimalismo já estudado, na medida em que procura dar uma decisão definitiva para o caso concreto, que tenha o melhor reflexo na sociedade.

O maior expoente deste corrente de pensamento é o doutrinador americano Richard Posner, o qual define o pragmatismo jurídico, como uma abordagem prática e instrumental que se interessa por aquilo que funciona e é útil, e não por aquilo que “realmente” é valorizando a continuidade com o passado somente na medida em que essa continuidade seja capaz de ajudar-nos a lidar com os problemas do presente e do futuro. (POSNER, 2009, p. 4)

No pragmatismo, não há uma vinculação do juiz aos precedentes jurisprudenciais, pois que, a aplicação do direito no pragmatismo só se utilizaria dos julgados anteriores, na medida em que estes pudessem ser úteis ao caso concreto, sendo, pois, uma diretriz e não como um dever. (POSNER, 2009, p. 4-5)

Ao enfatizar a prática, o olhar adiante e as consequências, o pragmatista, na concepção de Posner é empírico, ou seja, o pragmatismo não desconsidera os “fatos” e, portanto, deseja estar bem informado sobre o funcionamento, as propriedades e os efeitos prováveis de diferentes planos de ação, no entanto, apenas não acredita ser possível a obtenção da verdade final sobre qualquer coisa. (POSNER, 2009, p. 5)

No Direito, a abordagem pragmatista não tem um significado preciso, pois, dadas as variantes do caso concreto, nunca se sabe ao certo o que está em jogo quando ele é discutido. Neste sentido, os simpatizantes do pragmatismo geralmente o definem a fim de torna-lo sinônimo de sensatez, enquanto seus inimigos fazem dele sinônimo de irracionalidade e autocontradição. (POSNER, 2009, p. 11)

Deste modo, Posner contrapõe a teoria de Dworkin, na medida em acredita que não há necessidade de harmonização das novas decisões com as decisões anteriores, ao contrário do que defende Dworkin que acredita ser o direito um processo em construção e por isso poderia ser comparado a um “romance em cadeia” na medida em que o juiz deve ser coerente com o passado, para interpreta-lo e inovar para adaptá-lo ao caso concreto. (DWORKIN, 2007, p. 16-17)

Contudo na visão de Posner, a exigência de Dworkin que as novas decisões se harmonizem com as anteriores concebido como um compromisso ou como um elemento essencial da justiça nega que os juízes devam adaptar os direitos às novas visões acerca do interesse público, pois não se interessa pelos fatos. (POSNER, 2009, p. 11)

Posner acredita que o pragmatismo tem sua melhor aplicação nos casos difíceis, onde falha o formalismo, na medida em que é impossível que regras gerais e abstratas consigam abarcar todos os casos concretos, sendo, pois o pragmatismo uma reação inviável aos casos difíceis. Neste sentido, o pragmatismo não é contrário à aplicação das regras, como também não é contrária à aplicação de precedentes jurisprudenciais, mas entende que sua aplicação somente deve ocorrer quanto melhor atenda ao caso concreto, buscando sempre atingir a melhor decisão, que inclusive, tenha o melhor reflexo para a sociedade. (POSNER, 2009, p. 13)

O Pragmatista busca um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais, o que não significa que estaria buscando substituir o estado de direito pelo império dos economistas ou de quaisquer outros especialistas. O. (POSNER, 2009, p. 20-21)

Entretanto, na interpretação pragmática, o estado de direito não é o simples julgamento de casos de forma impessoal, como poderia entender o formalista. O estado de direito, portanto, engloba conota uma estrutura institucional que a ideia de julgamento impessoal por si só não transmite. (POSNER, 2009, p. 22)

Para elucidar a questão, Posner coloca que sempre que se pode decidir um caso por referência à jurisprudência ou a alguma lei bem clara, a tarefa do juiz é inevitavelmente normativa, neste caso é necessário à utilização da economia para guiar decisões em casos assim possa ser discutida sem que se mergulhe nas profundezas da filosofia política e moral, ou seja, é necessário observar os reflexos econômicos da decisão para atingir o resultado mais útil para a sociedade. (POSNER, 2009, p. 22)

Deste modo, o uso do pragmatismo nas decisões judiciais, como antídoto para o formalismo, busca prevenir o encerramento prematuro dos debates e não propriamente em resolvê-los, na medida em que, o pragmatista acredita que nem todas as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos. (POSNER, 2009, p. 421)

Contudo, Posner ressalta que o pragmatista deve utilizar-se das normas e conceitos quanto e o quanto servem as necessidades humanas. Até por que, a interpretação de textos não é apenas um exercício de lógica, mas realizada em consonância com a necessidade social, ainda mais quando a norma não é, invariavelmente, produto de esforços bem-intencionados no sentido de promover os interesses do povo, da parte de legisladores devotados a esses interesses e que sejam os representantes fiéis de eleitores que compartilham dessa mesma devoção. (POSNER, 2009, p. 423)

Os críticos do pragmatismo, mormente os formalistas, preocupam-se com a questão da segurança jurídica na interpretação do direito além das normas, chamada por Posner de consequências sistêmicas das decisões. No entanto, Posner esclarece que é equivocado o entendimento de que o pragmatismo jurídico seria a aplicação de uma equivocada justiça substantiva às ações judiciais particulares, pois que, o pragmatista se preocupa com as consequências sistêmicas, da mesma forma que se preocupa com as consequências, individuais, tanto as de longo quanto as de curto prazo; e ainda, tem consciência da importância tanto da estabilidade e da previsibilidade quanto da justiça às partes individuais e ainda da importância tanto de preservar a linguagem como um método confiável de comunicação quanto de interpretar as leis e as cláusulas constitucionais com flexibilidade para fazer com que respondam inteligentemente a circunstâncias não vislumbradas por seus idealizadores. (POSNER, 2009, p. 423)

Ou seja, o pragmatismo representa a complementação necessária para as limitações do formalismo, sem que isso signifique em desconsideração da importância das normas, embora acredite que nem sempre as mesmas aplicam-se ao caso concreto e pior, que nem sempre as mesmas são promulgadas com o intuito de proteger o interesse público, no jogo de interesses políticos dos demais poderes.

No entanto Posner reconhece que também há, no Judiciário, limitações que justificam a preocupação dos formalistas de limitar o poder discricionário dos juízes, elevando a

previsibilidade das decisões relativas às leis, bem como reconhece as limitações do legislativo e a necessidade da criação de meios que forcem os legisladores a atender ao interesse público. De modo que ou autor recomenda cuidado em “superdimensionar” as possibilidades, tanto do primeiro quanto do segundo. (POSNER, 2009, p. 424)

Daí que o autor reconhece que, em determinados contextos é necessário considerar a utilidade para um juiz pragmatista em adotar uma postura formalista, mormente quando após uma clara onda de ativismo judicial de muitas décadas de duração (1950-1970 nos Estados Unidos), surge um novo interesse pelas abordagens que favorecem a continuidade com o passado, em detrimento de engenharia social do futuro, sem, contudo, se contentar com um neotradicionalismo vago. (POSNER, 2009, p. 425)

No Brasil Silvio Wanderley do Nascimento Lima, destaca que a preocupação de contextualizar e de buscar a melhor produção de resultados decorrentes da interpretação da norma, em consonância com a visão pragmatista, está há muito positivada em nosso ordenamento jurídico, como se observa dos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 c/c a Lei nº 12.376/2010) (LINDB): *Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.* (LIMA, 2012.)

O mencionado autor, interpretando a norma citada supra ainda acrescenta que a norma contida na LINDB estabelece como diretriz interpretativa, que o direito legislado seja submetido a uma filtragem, na qual deverão ser consideradas as implicações sociais e humanas da aplicação do texto normativo ao caso concreto, sempre tendo em vista as consequências da aplicação da norma com seus fins sociais, direcionando-a para a obtenção do resultado mais benéfico para a sociedade. (LIMA, 2012.)

Assim, conclui o tópico ressaltando o fato de que o sistema positivado brasileiro permite a atuação do juiz de modo pragmatista, ou seja, atentando-se para os reflexos de suas decisões inclusive de ordem econômica, o que não implica em desconsideração na necessidade de dar o valor devido às regras e, como um todo, do ordenamento jurídico.

1.3 Fundamentação teórica contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos

Sem pretensão de esgotar todas as nuances teóricas e todos os doutrinadores da atualidade que já dissertaram favoravelmente sobre a legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes, no entanto, entendendo que a fundamentação trazida no presente trabalho é suficiente para o entendimento do instituto, passa agora a apresentar a doutrina contrária, ou seja, a fundamentação que defende a ilegitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos, não obstante estes, também fundamentarem suas teorias na proteção da democracia, conforme anunciado supra.

1.3.1. Jeremy Waldron e a legitimidade da revisão judicial dos atos do legislativo

Jeremy Waldron nasceu e se formou na Nova Zelândia, em filosofia e em direito na Universidade de Otago, tendo ainda estudado em Oxford para seu doutorado em filosofia do direito e atualmente é professor da Universidade de New York University School of Law e leciona filosofia jurídica e política.

Deste modo, Waldron, na qualidade de jurista e filósofo, levanta o seguinte questionamento epistemológico: “Os juízes deveriam ter autoridade para revogar leis quando estiverem convencidos de que elas violam direitos individuais?”. Em resposta o autor se posiciona negativamente, defendendo que o *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. (WALDRON, 2010, p. 93-94)

Para Waldron, mesmo que os membros de uma sociedade discordem sobre direitos, eles precisam compartilhar uma teoria de legitimidade para o procedimento decisório que deve conciliar suas discordâncias. Ocorre que os tribunais são, em sua grande maioria, instituições não eleitorais ou representativas. (WALDRON, 2010, p.109, p. 118).

Deste modo, independentemente das decisões judiciais, que vão de encontro às leis promulgadas pelos representantes eleitos pelo povo do Legislativo, sejam boas ou ruins, essas decisões são politicamente ilegítimas, naquilo que diz respeito aos valores democráticos, pois privilegia a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis,

privando os cidadãos comuns de seus direitos e refeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos. (WALDRON, 2010, p. 98)

No entanto Waldron pondera que, poderão existir determinadas situações em que o *judicial review* seja necessário como medida protetora contra patologias legislativas com relação a sexo, raça ou religião em determinados países, mas acrescenta que ainda nestes casos é difícil a verificação se essa interferência do judiciário tenha atingido o seu objetivo, devendo, pois ser visto como uma razão excepcional para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível contra o *judicial review*. (WALDRON, 2010, p. 97)

Neste ponto é preciso ressaltar que Jeremy Waldron não desconhece que o processo democrático dificilmente é perfeito e que a objeção democrática é em si problemática quando o que está em questão é a tirania da maioria. (WALDRON, 2010, p. 94)

Por isso, Waldron lança quatro condições que se fazem necessárias, simultaneamente, para que não haja legitimidade o Judiciário na interferência sobre o Poder Legislativo eleito, a saber: 1) É preciso que as instituições democráticas estejam em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; 2) É preciso que haja um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; 3) É preciso que haja um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e 4) É preciso que haja uma discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos, ou seja, que haja um comprometimento com direitos e quais são suas implicações entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos. (WALDRON, 2010, p.105-106)

No entanto, Alexandre Garrido alerta para a ressalva de legitimidade do *Judicial Review* feita por Jeremy Waldron, ou seja, quando não há o pleno funcionamento das pressuposições normativas que caracterizam uma sociedade democrática, não se presta, segundo as perspectivas de Waldron, para construir uma teoria de justificação do controle judicial de constitucionalidade a partir de situações anômalas ou excepcionais. (SILVA, 2011, p. 185)

A fim de esclarecer seu posicionamento, Waldron explica que uma instituição democrática é razoavelmente boa, não quando a legislação que o parlamento promulga seja de modo geral boa ou justa no que diz respeito ao seu conteúdo, mas sim, quando parte da legislação seja justa e

parte dela seja injusta, mas as pessoas discordam democraticamente qual é qual. Assim, uma vez estabelecidas estas condições, não há razão para querer erigir um processo não eletivo para revisar, e algumas vezes anular, o trabalho feito pelo parlamento. (WALDRON, 2010, p.108)

Para Waldron, nenhum dos procedimentos decisório é perfeito, quer seja um processo de legislação não passível de reexame, quer seja um processo de “judicial review”, em ambos é possível que se chegue à decisões erradas, traindo direitos em vez de confirmá-los, de modo que não há pois, razão para delegá-las ao poder Judiciário não eleito. No entanto, nos casos em que as quatro condições supracitadas não se sustentam, a argumentação contra o “judicial review” não subsiste (WALDRON, 2010, p.119, p. 153)

Em conclusão, Waldron anuncia que a discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério, sendo que, nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas, cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo e, ao mesmo tempo, assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam que só os procedimentos legislativos democráticos fazem isso. (WALDRON, 2010, p.157)

De modo que, uma “camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo em nossas discordâncias sobre direitos”. (WALDRON, 2010, p.157)

Na mesma linha de raciocínio de Jeremy Waldron, ou seja, de que são politicamente ilegítimas e carecem de legitimidade democrática as decisões judiciais, que vão de encontro às leis promulgadas pelos representantes eleitos pelo povo do Legislativo, mesmo sendo boas ou ruins, por não serem os juízes não eleitos pelo povo, Ana Paula de Barcelos, em artigo publicado na obra “Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível””, editora Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, apresenta como crítica ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais três grupos de críticas, a da teoria da Constituição, a crítica filosófica e a crítica operacional, que por sua relevância e seu direcionamento específico à questão do reflexo das decisões judiciais no orçamento público no Brasil, que é também o tema do presente trabalho, passa a apresentar.

O primeiro grupo de críticas de Ana Paula de Barcelos ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais é o da teoria da Constituição, cuja idéia central é o questionamento do Direito e o Judiciário que, a pretexto de interpretação do texto constitucional imiscuem-se no tema das políticas públicas que por sua vez é reservado à deliberação política majoritária.

Para a Autora, a definição de quanto se deve gastar de recursos públicos, com que finalidade, em que e como são decisões próprias da esfera de deliberação democrática, e não do magistrado, sendo que, outrossim, a própria Constituição brasileira assim reconhece ao dispor sobre as competências do Executivo e do Legislativo no que diz respeito à elaboração do orçamento, a sua execução e controle, conforme se verá no capítulo seguinte deste trabalho.

Assim, o Poder Judiciário, quanto interfere no orçamento público, invade a competência destes poderes produzindo um desequilíbrio equivocado que sufoca o funcionamento regular e o desenvolvimento da democracia. Também na mesma linha de Waldron, a doutrinadora ressalta que, do ponto de vista filosófico que trata do questionamento sobre a verdadeira presunção paternalista de imaginar que os juristas, e os juízes, tomariam melhores decisões em matéria de políticas públicas que os agentes públicos encarregados dessa função. (BARCELOS, 2008, p. 111, p. 108)

Do ponto de vista filosófico, insta indagar se seriam os juristas mais sábios ou se teriam um acesso diferenciado ao conhecimento do que é bom ou adequado, ou ainda, seriam mais éticos ou mais comprometidos com o interesse público? A discussão filosófica é realmente pertinente, pois que, nem sempre, ou melhor, na maioria das vezes é não é simples, descrever algo como certo ou errado, sendo que, a rigor, uma vez que não há consensos morais, a posição de qualquer pessoa é apenas uma opinião relativa em essência, cujo fundamento de autoridade é o próprio indivíduo e não uma verdade independente dele e a ele superior, de modo que, também os juízes padecem do mesmo problema de que suas decisões refletem apenas sua opinião sobre o tem decidido, o que não representa necessariamente a correção de sua decisão. (BARCELOS, 2008, p. 111)

Talvez lembrando os *hard cases* da teoria minimalista de Cass Sunstein, a autora ressalva que a crítica filosófica não é pertinente em todo e qualquer ambiente, pois que é excluídos de sua incidência aqueles casos nos quais se esteja lidando com padrões e consensos morais ou com conhecimentos técnicos ou científicos consolidados. (BARCELOS, 2008, p. 113)

Neste caso legitima-se a intervenção do judiciário, na qualidade de detentor do controle jurisdicional das políticas públicas pode ter três fundamentos distintos e legítimos. Em primeiro lugar, quando uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, contraria a própria lei válida que pode ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. (BARCELOS, 2008, p. 114)

Outra hipótese de intervenção legítima do judiciário se dá quando, ainda que não se possa extrair de forma direta a contrariedade da norma jurídica, há dentro da análise do sistema jurídico como um todo, desvio do Executivo e Legislativo, em detrimento do interesse público, nas decisões relevantes em matéria de políticas públicas, ou seja: quanto investir, em que investir, com que propósito investir, etc. (BARCELOS, 2008, p. 114-115)

Deste modo, em consonância com o demais doutrinadores, a crítica da autora quanto à intervenção do judiciário em políticas públicas se dá dentro de um contexto em que há o cumprimento direto e indireto dos demais poderes do que dispõe a lei, ainda que analisada como um todo o ordenamento jurídico, com o que, obviamente, não discorda nenhum dos doutrinadores ainda que favoráveis à intervenção do Judiciário em Políticas Públicas.

Neste sentido, dentro da normalidade, ou seja, quando não ilegalidade formal ou material da norma, não haverá fundamento legítimo, com base no qual o juiz possa fazer a sua opinião prevalecer sobre a dos agentes públicos democraticamente eleitos. Por que, também do ponto de vista operacional, tem-se que, muitas das vezes, o juiz sequer dispõe de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. (BARCELOS, 2008, p. 115).

Ou seja, na prática, não é possível olvidar que o juiz não tem condições técnicas, nem o tempo necessário para até mesmo de detectar, com segurança, se há uma violação indireta da norma, ou qual serão os reflexos de suas decisões no orçamento público, bem como, se estes reflexos serão melhores ou piores que se não houvesse sua interferência nas questões de políticas públicas.

Ademais, ressalta ainda que a qualidade das decisões que interferem nas políticas públicas é ainda mais questionável quando analisado sob o paradigma de que os indivíduos que vão ao judiciário postular algum bem ou serviço em matéria de direitos fundamentais nem sempre serão representantes das classes menos favorecidas da sociedade cujas necessidades em regra, não chegam aos Tribunais e nem são ouvidas pelos juízes, ou seja, na opinião da autora Ana Paula de Barcelos muitas das vezes o que se verifica é o deslocamento de recursos das políticas públicas

gerais – que, em tese, deveriam beneficiar os mais necessitados de forma direta – para as demandas específicas daqueles que detém informação e capacidade de organização. (BARCELOS, 2008, p. 115).

1.3.2 As críticas ao neoconstitucionalismo de Luiz Roberto Barroso e Daniel Sarmento

Apenas para fundamentar a natureza dialética das fundamentações favoráveis e contrárias da intervenção do Judiciário nos demais poderes públicos, passa a apresentar as críticas mais relevantes ao neoconstitucionalismo, no Brasil.

Luiz Roberto Barroso apresenta uma variada ordem de críticas oposta ao neoconstitucionalismo no Brasil, no que tange à efetivação do direito à saúde. Segundo o citado autor, a primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apoia no entendimento dogmático que a norma constitucional do art. 196, está positivada na forma de norma programática. (BARROSO, 2008, p. 26-27).

Neste entendimento, que é colocado pelo autor de modo ilustrativo, sem endossá-lo em seu trabalho, o artigo 196 da Constituição Federal deixaria claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. (BARROSO, 2008, p. 26-27).

Outra ordem de crítica apresentada pelo mesmo autor enfatiza a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição, considerando à questão do princípio da Separação dos Poderes, de modo que, atribuir-se ou não ao Judiciário a prerrogativa de aplicar de maneira direta e imediata o preceito que positiva o direito à saúde seria, antes, um problema de desenho institucional, pois que, o constituinte entendeu que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde foi conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Neste sentido, as decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988. (BARROSO, 2008, p. 27).

Uma terceira ordem de crítica levantada por Barroso é a questão de maior debate neste trabalho que é a legitimidade democrática, pois que, como visto nos ensinamentos de Jeremy Waldron, as

decisões quanto ao modo que os recursos públicos devem ser gastos devem ser realizadas pelo próprio povo, que paga os impostos, e tem direito de decidir como estes recursos devem ser gastos, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos. (BARROSO, 2008, p. 27-28).

A quarta ordem de crítica entabulada por Barroso é a formulada sob a denominação de “reserva do possível”, que será objeto de estudo mais pormenorizado no capítulo 3. Todavia, também em cumprimento dos objetivos deste tópico, tem-se que esta ordem de crítica caracteriza-se no fato de que os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, na crença de que, investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. (BARROSO, 2008, p. 28).

Por fim, Barroso levanta uma quinta ordem de crítica, a técnica, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, sob o fundamento de que o Poder Judiciário não tem como avaliar, por exemplo, se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida, mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de contrapor os laudos técnicos apresentados pela Administração Pública. (BARROSO, 2008, p. 30-31).

Em semelhante linha de raciocínio, Daniel Sarmento também faz um levantamento de três ordens de críticas ao neoconstitucionalismo, a saber: a de que o judicialismo é antidemocrático; a de que a sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção, é perigosa, sobretudo no Brasil, em razão de singularidades da nossa cultura, motivo pelo qual no presente trabalho fora alocado como fundamentação teórica contrária a intervenção do judiciário nos demais poderes públicos o formalismo jurídico, em contraposição ao pragmatismo jurídico; e a de que ele pode gerar uma “panconstitucionalização” do Direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo. (SARMENTO, 2009, p. 132)

Na primeira linha de críticas, Sarmento salienta que o neoconstitucionalismo tem um foco muito centrado no Poder Judiciário, no qual “deposita enormes expectativas no sentido de concretização dos ideais emancipatórios presentes nas constituições contemporâneas“, mas que, contudo, sofre a crítica da doutrina pelo seu suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo. (SARMENTO, 2009, p. 133)

O argumento em favor da supremacia legislativa em detrimento do judiciário leva em consideração que a norma elaborada pelo representante do povo, com base na regra da maioria, tem mais condições de promover a democracia. (MENDES, 2011, p. 89-90).

Não obstante, até Jeremy Waldron, defensor maior da premissa majoritarista, conforme se viu alhures, se posiciona favorável à intervenção do judiciário em alguns casos, contudo, apenas em situações excepcionais em que as instituições democráticas não estejam em razoavelmente boas condições de funcionamento.

Deste modo, prevalece a crítica ao neoconstitucionalismo no sentido de que, se, em uma situação de funcionamento razoavelmente bom das instituições democráticas, tanto o Judiciário quanto o legislativo e o executivo podem errar, vence então o parlamento representativo por ser a manifestar do povo, ainda que indireta, por intermédio de seus representantes chamada de *second-best choice* (segunda melhor escolha), da impossibilidade na sociedade moderna, devido à sua complexidade, da democracia direta, que seria a *first-best choice*, (primeira melhor escolha). (MENDES, 2011, p. 92).

Até porque, os órgãos dos poderes legislativos e executivos detêm, ao comparado com o Judiciário, maior capacidade de coletar informações, obter avaliações técnicas de todos os pontos de vista, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos, somado ao fato que o legislativo não está preso a lógica da lide do processo judicial por isso lida com conflitos policêntricos de maneira mais eficaz. (MENDES, 2011, p. 94).

Neste ponto cabe fazer a ressaltar de que o argumento de o Judiciário não poderia interferir em matéria de competência dos demais poderes não seria democrático não considera o fato de que o Judiciário somente possui esse poder dever por força de previsão legal, elaborada e promulgada por aqueles membros do executivo e legislativo que, eleitos pelo povo assim o permitiram.

Mas Sarmiento ainda faz outra ressalva, a de que a crítica de que a intervenção do Judiciário é antidemocrática não reconhece que é o Judiciário que vai impor limites para a decisão das majorias realizadas em atenção ao princípio majoritário em face da necessidade de proteção de direitos básicos do cidadão bem como em proteção às minorias. (SARMENTO, 2009, p. 133)

Embora o presente capítulo trate das críticas ao neoconstitucionalismo insta colocar a posição pessoal de Daniel Sarmiento sobre a importância do neoconstitucionalismo no Brasil, como

essencial na concretização da Constituição brasileira, em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88 e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, em favor da tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. (SARMENTO, 2009, p. 137)

Disto se retira que, conforme dito alhures, não há como posicionar-se definitivamente contra ou a favor da legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes senão dentro de um contexto histórico e de critérios muito bem definidos.

Contudo, prosseguindo com o teor das críticas ao neoconstitucionalismo, outra crítica relaciona-se com o risco de decisões sem a devida fundamentação jurídica, apoiada apenas na interpretação subjetiva do Juiz, dada ao avanço no neoconstitucionalismo da normatividade dos princípios. Neste ponto, Sarmento denomina de modo bem humorado essa ausência de fundamentação devida e das decisões subjetivas notadas no Brasil após a incidência do fenômeno do neoconstitucionalismo de "oba-oba constitucional". (SARMENTO, 2009, p. 138)

O “oba-oba constitucional” é justamente a valorização dos princípios e da ponderação, sem a devida racionalidade na articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e, sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. (SARMENTO, 2009, p. 138)

Sarmento ressalva que a evolução da valorização dos princípios, muitas vezes em detrimento das regras legais, tem gerado um suposto excesso de judicialidade e um desapego excessivo ao positivismo ou formalismo, que é visto atualmente, quase como um palavrão. Neste contexto, os operadores do Direito são estimulados utilizar-se de princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese, sendo os campeões os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. (SARMENTO, 2009, p. 139-140)

O uso excessivo de princípios em detrimento das regras é alvo de severas críticas, tendo sido apelidada de “decisionismo judicial”, vestindo com linguagem pomposa qualquer decisão tida como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias. (SARMENTO, 2009, p. 139-140)

Em face dessa ordem de críticas é que se insere nos próximos itens do trabalho, como argumentos contrários à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos, a crítica do Excesso de Judicialidade e do resgate do formalismo jurídico, ressaltando suas qualidades as quais têm sido esquecidas pelos aplicadores do direito.

Contudo, antecipando o item que fala da defesa do formalismo e do controle do excesso de judicialidade, ressalta que o sistema jurídico estável e em consonância com o Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios. (SARMENTO, 2009, p. 140)

Deste modo, ao contrário do que se vem dizendo nos últimos anos pelos aplicadores do direito, não é nenhum pecado um juiz ser formalista, ou seja, aplicador da regra de subsunção, mormente quando vigente letra clara da lei aplicável ao caso concreto, ou seja, não se defende que a normatividade dos princípios, sem questionar sua importância na efetivação de direitos fundamentais possa vir dissociada na análise fundamentada do sistema jurídico como um todo, sob pena de ferir o que se alega proteger, que são os interesses verdadeiramente democráticos.

Sarmento alerta que as regras são indispensáveis, na linha formalista, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários diminuindo o risco de erro na sua incidência haja vista que teoricamente não dependeriam tanto das valorações subjetivas do intérprete quando na aplicação da regra no caso concreto. (SARMENTO, 2009, p. 140)

Assim, o neoconstitucionalismo só é defensável, se for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso, sempre se preocupando em evitar excessos que possam prejudicar os pressupostos da democracia. (SARMENTO, 2009, p. 146)

Em face do que chamou Daniel Sarmento de “decisionismo judicial” ou “oba-oba constitucional”, que se traduz no excesso de Judicialidade é que passa agora a apresentar os argumentos de Luís Roberto Barroso, em seu conhecido texto, intitulado: “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”, tanto pela relevância como fundamentação teórica contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos quanto pela especificidade quando à sua relação com o tema da presente dissertação que é a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à saúde e os reflexos no orçamento público.

1.3.3 A crítica ao Excesso de Judicialidade de Luiz Roberto Barroso

Outra teoria apresentada é a do Excesso de Judicialidade, pois que, após inegável conquista da força normativa e efetividade dos direitos constitucionais fundamentais, passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes, Luiz Roberto Barroso apresenta um estudo sobre a existência de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de, por exemplo, tratamentos médicos destituídos de razoabilidade sejam porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade, que termina por mitigar a própria legitimidade da intervenção judicial em políticas públicas de saúde. (BARROSO, 2008, p. 14).

Barroso pondera que o problema da intervenção do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como é o caso da saúde, que, por sua vez, implica em alteração na previsão orçamentária, não é simplesmente uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível, mas sim, em sua opinião, o que está em jogo, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. (BARROSO, 2008, p. 14).

De fato, desde os anos 80 até os nossos tempos, nota-se a utilização do judiciário como forma de garantir efetividade a declarações de direitos sociais, que terminou por criar uma nova forma de visibilidade para estas demandas colocando-as sob a linguagem próprio do direito, de deveres e responsabilidades definidas. (LOPES, 2006, p. 165)

Antecipando as considerações que serão apresentadas no presente trabalho sobre esta questão, ouso discordar do autor, pelo seguinte:

É que as considerações genéricas e imediatistas que atestam sem ressalvas que efetivação do direito à saúde reflete no orçamento público sempre redirecionando a mesma verba orçamentária para a saúde para um beneficiário em detrimento de outro beneficiário, não é absolutamente correta.

Através da análise da evolução da dotação orçamentária na função saúde para pagamento de condenações judiciais, realizada no presente trabalho no capítulo 2, verificou-se que, embora no Brasil, realmente houve em 2008 e 2009 essa discrepância inicial entre a verba orçamentária destinada à saúde e a executada, o que, por certo ocasionou o problema anunciado por Luiz Roberto Barroso, verificou-se ainda que, no longo prazo o reflexo foi o aumento proporcional da

verba no orçamento destinada a pagamento de condenações em pagamento de despesas na função saúde, bem como, da tendência ao equilíbrio da dotação inicial e do valor pago nos anos de 2010 e 2011.

No entanto, ressalva que o estudo estatístico realizado no presente trabalho, não invalida a crítica do autor sobre o Excesso de Judicialidade, pois que, reconhecido que a Judicialidade legitima-se na defesa da democracia, da segurança jurídica, da Justiça, etc., a própria expressão “Excesso” desnatura o instituto e lhe retira a legitimidade. Com este raciocínio contextualizado da judicialidade os argumentos contrários e favoráveis até agora apresentados, entram em consonância, na medida em que, ambos, buscam a defesa da democracia.

Neste sentido, Barroso alerta que, não obstante a crítica do “Excesso” de Judicialidade, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo, mormente no Brasil, considerando o contexto histórico das disfunções da formação nacional que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. (BARROSO, 2008, p. 14).

Assim, não se olvida que é papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, cabendo em muitas situações construir o sentido das normas jurídicas, mormente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. (BARROSO, 2008, p. 25-26).

Neste sentido conclui Flávio Avellar Silva Freitas em trabalho denominado “A concretização judicial dos direitos sociais: óbices e possibilidades”, apresentado no XXI Encontro Nacional do CONPEDI em Uberlândia, que afirma que, em verdade, as próprias críticas à concretização dos direitos sociais por meio da atividade jurisdicional se revelam insuficientes e terminam por permitir o desenvolvimento de balizas e critérios que tornam mais racional a atuação dos órgãos judicantes. (FREITAS, 2012)

Contudo, apesar de estar constatado que, a normatividade dos direitos fundamentais e da efetividade das disposições constitucionais ser um fenômeno mundial, que serviu de reforço à instituição democrática brasileira, celebrada, portanto como uma grande conquista, sendo certo que, em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir, deve-se, todavia estar o aplicador do direito

atento à invasão excessiva na ceara de deliberação dos outros Poderes. (BARROSO, 2008, p. 19-20).

1.3.4 O Formalismo jurídico de Noel Struchiner, Dimitri Dimoulis e Adrian Vermeule

Conforme se viu no item anterior, o uso excessivo de princípios em detrimento das regras ou “decisionismo judicial” gerou críticas ao neoconstitucionalismo ligados à questão do risco da insegurança jurídica e apresentou em sua defesa a apresentação dos pontos positivos do formalismo judicial, visto, muitas vezes na atualidade, pejorativamente, como sinônimo de decisões destacadas da realidade, que não atendem o jurisdicionado, etc., o que não é, pelo menos de modo absoluto, verdade, pois que, o sistema jurídico estável e em consonância com o Estado Democrático de Direito, precisa tanto da aplicação de regras como de princípios.

Neste diapasão, apresentará em defesa do formalismo jurídico, o pensamento dos doutrinadores, Noel Struchiner, Dimitri Dimoulis e Adrian Vermeule como fundamentação teórica contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos, em contraposição à sua a teoria opositora, o “Pragmatismo Jurídico”, visto nos itens anteriores.

Segundo Noel Struchiner, atualmente, ou seja, dentro deste contexto mundial do neoconstitucionalismo, ser taxado de formalista não pode ser considerado um elogio. Em face disso, dada sua carga emotiva desfavorável, o termo “formalista” se transformou em demérito de qualquer sistema jurídico, teoria jurídica, ou estilo de pensamento jurídico com o qual não concorda. Remando contra a maré, o presente artigo visa a resgatar a dignidade do formalismo. (STRUCHINER, 2009, p. 463)

No entanto, o formalismo, que na concepção de Struchiner é a defesa de uma atitude ou disposição interpretativa segundo a qual o texto da totalidade de formulações normativas deve ser levado a sério pelos responsáveis pela tomada de decisões jurídicas, parte do pressuposto de que no mundo real não é crível que os juízes tenham a capacidade plena de decidir no caso concreto da forma mais justa possível independentemente da aplicação de regras ou princípios.

Esse entendimento deriva da crença de que, certos casos e contextos a não observância das regras é mais prejudicial do que sua observância, mesmo atentando para o fato de que regras são sempre imperfeitas, em função de sua natureza como generalizações prescritivas probalísticas, que não se adequam, muitas vezes, perfeitamente ao caso concreto. (STRUCHINER, 2009, p. 464)

Assim, se num mundo ideal, seria mais desejável que os juízes tivessem a discricionariedade de decidir pela não aplicação ou alteração das regras na medida em que não sejam capazes de gerar o melhor resultado do ponto de vista moral, ou seja, o resultado mais justo, no mundo real, a existência de regras determinadas e a sua observação rigorosa são mais benéficas, quer seja do ponto de vista de sua legitimidade democrática, quer seja do ponto de vista de sua certeza e previsibilidade. (STRUCHINER, 2009, p. 464)

Assim, os defensores do formalismo, não desprezam suas falhas, mas apostam em sua aplicação, não por ser uma necessidade lógica derivada da natureza ou essência do direito, mas sim uma opção prescritiva consciente por um modelo de tomada de decisões, dentro de um ambiente onde as escolhas poderiam ter sido outras, em busca e preservação da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica. (STRUCHINER, 2009, p. 465)

O formalismo se justifica, portanto, porque os responsáveis por decidir no nosso mundo não estão livres de errar, livres de ser ignorantes e livres de abusar do poder por motivações pessoais, bem como que acreditam que a leitura moral da constituição de Ronald Dworkin depende de um juiz “Hércules”, detentor da melhor razão e melhor resposta para todo e qualquer caso concreto que não existe. (STRUCHINER, 2009, p. 474)

Além dos argumentos tradicionalmente associados a um modelo de regras, como a busca e preservação da previsibilidade, da certeza e da segurança jurídica, outro argumento importante na defesa do formalismo, passa pela Separação de Poderes, ou alocação de poder, que ainda se subdivide em duas linhas de raciocínio. (STRUCHINER, 2009, p. 474-475)

Na primeira linha de argumentação, se se acredita que os responsáveis pela tomada de decisões têm mais chances de errar quando têm o poder jurisdicional de escolher se vão aplicar ou afastar as regras na aplicação do direito, é por que, acredita-se que, em contrapartida que o Poder legislativo tem mais condições de, na criação de regras gerais e abstratas, trazer melhores resultados à sociedade que se a competência normativa fosse do judiciário. (STRUCHINER, 2009, p. 475)

Apesar disso, em sentido contrário, nada impede que por algum motivo passa-se a acreditar o contrário, ou seja, de que é o Poder Judiciário o órgão mais capacitado para a tomada de decisões, mesmo com o afastamento das regras do legislativo, caso em que, um modelo particularista seria mais adequado. (STRUCHINER, 2009, p. 475)

Segundo o autor, a escolha por um modelo de regras ou um modelo particularista também é contextual no sentido em que a escolha por um modelo ou por outro depende do contexto daquilo que é considerado o bem maior ou o mal maior. De modo que, se se considera que colocar obstáculos no caminho da decisão correta é o mal maior, então a melhor opção é adoção de um modelo particularista. Se, ao contrário, acredita-se que o mal maior encontra-se na possibilidade de abusos e erros na avaliação das justificações, então o modelo mais adequado é o modelo formalista. (STRUCHINER, 2009, p. 476)

Neste ponto é preciso ressaltar que aqui também no Formalismo, a legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos pondera o contexto fático de cada momento histórico, ordenamento jurídico, caso concreto, etc., de modo que, ainda aqui, não é possível afirmar *a priori* e de absoluto, se é desejável ou não ao juiz aplicar ao caso concreto decisão que implique em afastamento de regras, com fundamento em princípios, ou mesmo com o sopesamento entre regras e princípios, na busca da melhor decisão para o caso concreto.

No entanto, se os responsáveis pelo desenho institucional acreditam que as regras são importantes porque alocam poder para aqueles que estão realmente legitimados a decidir, mesmo que as suas decisões não sejam sempre corretas. Trata-se de um argumento de fundamento político ou moral ligada à própria noção de separação de poderes, que pressupõe o uso de regras. (STRUCHINER, 2009, p. 477)

Na conclusão do pensamento de Struchiner, o mesmo afirma que a opção por um ou outro modelo uma opção política ou moral e por isso mesmo, a opção pelo modelo formalista, onde os aplicadores das regras não fogem dos significados encontrados pelo legislador é uma escolha moral por não deixar aqueles que tomarão as decisões realizarem avaliações morais adicionais em cada momento de deliberação, evitando-se os custos morais da falta de certeza, segurança, previsibilidade, possibilidade maior de erros e para que as decisões sejam tomadas pelos agentes corretos. (STRUCHINER, 2009, p. 478)

Deste modo, em consonância o que se pretende demonstrar no presente trabalho, o autor finaliza dizendo que a escolha do modelo formalista deve passar necessariamente por uma investigação empírica das capacidades institucionais daqueles que criam e aplicam regras, pelo reconhecimento de que aqueles órgãos responsáveis por tomar decisões trabalham, no mundo real, dentro de um cenário de racionalidade circunscrita, pois que, trata-se de uma teoria acerca da “confiabilidade comparada”, cuja confiança naqueles que criaram as regras é maior ou menor

do que naqueles que têm que aplicar a decisão, o que, pode variar de tempos em tempos e de domínio de decisão para domínio de decisão. (STRUCHINER, 2009, p. 479)

Dimitri Dimoulis, outro importante formalista, também alerta para a tendência atual da utilização pejorativa que se faz do termo “formalismo jurídico”, como sendo “formalista” o aplicador do direito que se preocupa com aspectos secundários dos problemas, apegando-se às formalidades processuais com intuítos protelatórios evitando examinar o “mérito”, ignorando o direito, sem preocupar-se com a verdade, a justiça e os demais valores que deveriam nortear a aplicação do direito. (DIMOULIS, 2011, p. 214)

Apesar de o presente item estar direcionado à defesa do formalismo, é possível, desde já, traçar a ressalva de que o formalismo, lançado nessa acepção pejorativa dificilmente será legítima, já que trata também do excesso de formalismo que ignora o direito. Não obstante a existência, em julgados brasileiros, principalmente nas instâncias superiores, decisões que se esquivam do mérito sob o fundamento de não estarem presentes questões formais, independentemente de estarem realmente, estas, presentes ou não, tais como, inadmissão de recurso ao fundamento de que o comprovante de preparo do recurso não está suficientemente legível. (STF: AI 729076 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO; AI 737778 AgR / SP - SÃO PAULO)

Todavia, como não é o objetivo do presente trabalho tratar deste problema específico, não obstante sua relevância e importância para os aplicadores do direito continuar-se-á na apresentação da perspectiva de Dimoulis na fundamentação do formalismo jurídico e de suas principais definições.

O autor ressalta que não é crível, em primeiro lugar que algum autor esteja a favor ou contra as formas em geral. Deste modo não há quem seja totalmente contra as formas, ou seja, em certa medida todo raciocínio jurídico preocupa-se em maior ou menor grau com o formalismo. Neste sentido, a rejeição das “formas” em detrimento das “substâncias” e vice-versa dependerá da análise da situação específica. Assim, haverá casos em que não será fácil definir pela aplicação do formalismo como necessário à segurança jurídica e a previsibilidade, ou privilegiar a substância, ou a “instrumentalidade” do processo. (DIMOULIS, 2011, p. 215-216)

Exemplificando também na defesa do formalismo, Dimoulis entende que a exigência de publicação das leis sob pena de não entrada em vigor não é só uma “forma” e muito menos pode ser considerada uma “forma inútil”, pois que a publicação corresponde a um requisito

fundamental do Estado de Direito que se “auto anularia” se admitisse a vigência de leis secretas. (DIMOULIS, 2011, p. 217)

O que fica claro é que todos concordam com a necessidade das formalidades, só discordam sobre o grau e a intensidade de formalismo e os casos nos quais são permitidas exceções, havendo sempre argumentos substanciais a favor e contra o formalismo em determinados contextos. (DIMOULIS, 2011, p. 217)

Para melhor entender o instituto, Dimoulis ainda apresenta duas acepções equivocadas do formalismo: Formalismo metodológico, formalismo estrutural e, por fim, defende a positividade do formalismo real, a saber:

O Formalismo metodológico é o formalismo utilizado como estratégia de dissimulação, pois o aplicador do direito tenta ocultar as determinantes de sua decisão, apresentando sua decisão como a única imposta pelo direito vigente, negando que seja resultado do poder político-discricionário do aplicador e, conseqüentemente, não justificando sua decisão com argumentos substanciais, ocultando as determinantes de sua decisão. (DIMOULIS, 2011, p. 217)

O Formalismo estrutural apresenta o formalismo como teoria que nega ao julgador o poder discricionário, afirmando que é possível e necessário encontrar a única resposta certa que o direito vigente oferece para o caso concreto. O formalismo estrutural, ou teoria da única resposta correta é dedutivista, pois considera possível deduzir a resposta correta da interpretação do material do texto normativo, em subsunção simples, por interpretação literal da norma, também chamada pejorativamente de “legalismo”. Por isso, o Formalismo estrutural é alvo de críticas, pois existe na própria legislação normas que indicam a necessidade de que o julgado utilize da discricionariedade para aplicação da norma.

Assim, a teoria da única resposta certa pode ser contraposta quando questiona-se ao formalista estrutural o que deve ser feito quando a lei permite que o julgador arbitre um valor (indenização, pensão alimentícia, fixação de pena criminal)? Ou se o legislador utilizar deliberadamente conceitos abstratos (abuso de direito, litigância de má-fé, desvio de poder, função social), deixando para o juiz o dever de concretização? Ou quando há lacunas nos textos normativos? O que indica a impossibilidade de sustentar o formalismo estrutural de maneira consistente. (DIMOULIS, 2011, p. 220)

Tais acepções, pois não se sustentam, bem como, que o formalismo “real” é o que busca dar às normas a devida importância na aplicação do direito deve ser resgata quando se coloca em risco a segurança jurídica, sempre se lembrando da ideia central que é manter as decisões judiciais legitimadas democraticamente. (DIMOULIS, 2011, p. 224-225)

Por fim, na versão do formalismo proposto por Adrian Vermeule, juízes deveriam seguir o claro e específico significado dos textos legais, onde esses textos tenham significado claro e específico, bem como que, onde o texto legal não tem significados claros ou específicos os juízes devem submeter-se às interpretações oferecidas pelos legisladores. (VERMEULE, 2006, p. 1)

A assertiva decorre, segundo Vermeule, levando em consideração habilidades e limitações dos juízes, que dispõem de informações limitadas; têm dificuldade em processar adequadamente a informação disponível em razão de sua formação generalista e passam por momentos de irracionalidade no processo decisório (DIMOULIS, 2011, p. 227). Para o Autor, os juízes devem limitar suas ambições interpretativas, em parte, limitando-se a um pequeno conjunto de fontes interpretativas e um leque restrito de regras relativamente inflexíveis. (VERMEULE, 2006, p. 4)

Assim, Vermeule defende o formalismo contra as tendências do neoconstitucionalismo, considerando que o Poder Executivo possui melhores condições institucionais para decidir em casos complexos e na ausência de normas claras. De modo que o juiz deve se limitar a aplicar as escolhas do Executivo, pois isso reduz os custos do sistema em caso de complexidade interpretativa. (DIMOULIS, 2011, p. 228)

Isso não significa que, o juiz formalista tenha de deduzir regras legais a partir de essências inteligíveis, como por exemplo, "a natureza dos contratos" ou "a regra da lei", mas sim, adotar uma estratégia de tomada de decisão vinculada à regra. Fundamentalmente, o formalismo é justificado empiricamente, ou seja, quando produz consequências melhores para o sistema legal do que os que as estratégias de tomada de decisão alternativas. (VERMEULE, 2006, p. 5)

1.4 Considerações gerais sobre os fundamentos teóricos apresentados - O consenso quanto à fundamentação democrática na intervenção do Judiciário nos demais poderes.

Após a análise da Fundamentação teórica favorável e contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos pôde-se concluir o ponto de congruência entre as doutrinas é a preocupação com a sua legitimidade democrática.

Também foi possível constatar que não existe um antagonismo insuperável entre os pensamentos doutrinários, por exemplo, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, bem como, entre o pragmatismo jurídico e o formalismo jurídico, já que, todos buscam atingir o mesmo objetivo, dar efetivação ao direito, de modo democrático e que atinja o interesse público.

Além disso, a assertiva também é verdadeira do ponto de vista que os doutrinadores fazem ressalva de que a possibilidade da intervenção do judiciário nos demais poderes está condicionada a condições democráticas diferentes, onde é preferível a intervenção ou não do judiciário não sendo possível afirmar *à priori* a melhor corrente para o futuro.

O que se observou acerca da materialidade do direito, é que os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.

Com relação à validade das normas no Estado constitucional de direito verificou-se um avanço no Brasil com a Constituição de 1988, e em todo mundo da “democracia substancial” que traduz-se em reforço do papel da jurisdição e em uma nova e mais forte legitimação democrática do poder judicial .

Assim, constatou-se que, não fere a democracia o fato de que os juízes não são eleitos pelo povo, quando, em verdade é o Poder legislativo eleito pelo povo que elege quem tem a última palavra em questão de interpretação, aplicação e defesa dos direitos dos cidadãos, haja vista que, neste sentido, a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham de modo que, a premissa majoritária não inviabiliza a defesa pelo Judiciário dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo como fenômeno mundial na defesa a legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos não defende o excesso da Judicialidade e ressalva a insofismável limitação técnica, filosófica e estrutural do Poder Judiciário, já que, tal quais os demais poderes, são formados por seres humanos que, por si só, implica dizer que são passíveis, também de falhas, o que denota inclusive, a preocupação da doutrina nos reflexos da judicialização dos direitos fundamentais, sem perder de vista sua relação com a democracia.

Cass Sunstein, apesar de favorável ao “Judicial Review”, já tenta, de pronto colocar limites a intervenção do Judiciário para evitar reflexos imprevisíveis em caso de erro do Judiciário,

permitindo um continuado espaço para reflexão democrática sobre os temas pelo congresso e os estados.

Mas como John Rawls, em certa medida, todos os doutrinadores alertam que o poder supremo de um governo constitucional não pode caber nem só ao legislativo, nem só ao supremo tribunal, mas sim, pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo.

Até Jeremy Waldron, opositor da intervenção do judiciário nos atos dos demais poderes, por não serem estes eleitos pelo povo, alerta para o fato de que a intervenção do Judiciário pode ser desejável se as instituições democráticas não estejam em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; ou quando não haja um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e ainda quando não há boa-fé na discordância quanto a direitos.

Por fim que, detectou-se nos itens anteriores que, nem os formalistas afirmam que não há de se preocupar com a democracia substancial, bem como, nem os pragmatistas afirmam que não há importância nas regras, desde que possam trazer utilidade à sociedade. De modo que, não há quem defenda o uso excessivo de princípios em detrimento das regras ou “decisionismo judicial”, tampouco não há quem defenda a ausência de preocupação com a efetivação de direitos fundamentais.

Assim, constatada a legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos na efetivação do direito à saúde, como direito fundamental, bem como, com a preocupação consonante de sua legitimidade democrática, passa agora a apresentar como esta judicialização interfere no orçamento público com fim de apontar qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde.

Primeiramente, numa parte descritiva do presente trabalho, apresentará os aspectos legais e conceituais que regem o Orçamento Público, os elementos de formação do orçamento público para saúde e para pagamento de condenação contra o poder público sobre direito fundamental à saúde para, após, analisar os reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde.

2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA INFLUÊNCIA NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Afirmam os gestores públicos da área da saúde que não há peça orçamentária que possa ser administrada de forma racional sendo atingida, sistematicamente, por sentenças judiciais que obrigam o deslocamento de recursos para atender demandas individuais, muitas das quais extremamente dispendiosas, como ocorre com os tratamentos médico-hospitalares e medicamentosos de moléstias raras. (CARLINI. 2010. p. 7052)

Outrossim, afirmam os doutrinadores que se ocupam deste tema que um dos limites à atuação do Judiciário em matéria afeta ao orçamento público e a teoria alemã da “Reserva do Possível” da ao caráter limitado do orçamento público que, inevitavelmente retiraria de um ponto do orçamento para atender outro, por ordem do judiciário, o que, conforme advogam os defensores desta corrente, demonstraria que a interferência do Judiciário no orçamento é, via de regra, negativa, à parte da questão da legitimidade democrática, vista no primeiro capítulo.

Apesar de esse entendimento parecer ser atualmente consenso quando o assunto diz respeito à interferência do Judiciário nas políticas públicas no que tange ao orçamento, o presente trabalho pretende demonstrar que a teoria alemã da “Reserva do Possível” deve sofrer ressalvas quando da sua aplicação no contexto brasileiro, dada a questão da baixa eficiência do gasto público no Brasil, que implica na consideração de uma escassez apenas relativa de recursos públicos, quando comparados com potencialidade de serviços públicos que poderiam ser prestados se não houvesse desperdício do dinheiro público, fato este que, no entendimento deste, justifica a interferência do Judiciário nas questões reflexas ao orçamento.

Assim, após a discussão da aplicação da teoria da Alemã da Reserva do Possível no Brasil, verificar-se-á qualitativamente os dados orçamentários fornecidos nas Leis Orçamentárias Anuais, no período de 2002-2011, para auferir se, a despeito de ser inegável que as decisões judiciais não levam em conta os recursos que serão utilizados para atendimento do caso individual olvidando que os recursos públicos são finitos e devem ter por prioridade o atendimento coletivo, à longo prazo, ocorre ou não adaptações na lei orçamentária para suportar os gastos com estas decisões judiciais, e ainda, atender as políticas públicas previstas na LDO, de modo a caracterizar, à longo prazo, um reflexo positivo destas decisões judiciais na intrincada e complexa questão da efetivação do direito à saúde no Brasil.

Deste modo, o objetivo da pesquisa nesta etapa é verificar se é possível dizer se, na função saúde, as decisões Judiciais sobre o tema influenciaram no aumento da previsão orçamentária para esta função, e ainda, atingindo nos anos posteriores diminuição da diferença entre o previsto e o executado nas decisões judiciais, para o fim último de concluir sobre a existência de reflexos positivos das decisões judiciais que promovem a efetivação do direito fundamental à saúde no orçamento, no longo prazo.

Para tanto, o estudo levantará ainda as conseqüências das diferenças observadas entre o estimado na proposta de lei orçamentária anual e o valor executado.

2.1 Contextualização acerca dos aspectos legais e conceituais que regem o Orçamento Público

É sabido que governar está relacionado a adotar medidas e/ou decisões para atender às necessidades públicas. Para a consecução deste objetivo, é necessário pensar em planejamento relacionando metas e objetivos de atendimento à população e coloca-las em consonância com o orçamento público a fim de adequar as necessidades e as possibilidades, bem como, para pensar em mecanismos de aumento de eficiência do gasto público, diminuindo despesas, além de formas de aumento de receitas e aperfeiçoando o direcionamento das receitas às necessidades por ordem de relevância.

Segundo Francisco Fontes Lopes Júnior, nos orçamentos são autorizadas as despesas e estimadas as receitas, sendo que, especificamente quanto às sentenças judiciais de pequeno valor, o que se faz eminentemente é estimar as despesas decorrentes de sentenças que poderão vir a ser emitidas contra a Fazenda Pública, ao longo de um exercício financeiro. (LOPES JÚNIOR, 2007)

Para José Matias-Pereira, o planejamento é sempre um processo dinâmico, que se concretiza por meio de aproximações sucessivas, compreendendo a formulação sistemática de um conjunto de decisões integradas que traduzem os propósitos da instituição e definem os meios de atingi-los, visando maximizar o uso dos fatores de produção. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 231)

Para o autor, é preciso pensar o planejamento, tanto em seu enfoque global, ou seja, incluir todos os setores da economia, quanto setorial: agricultura, indústria e serviços, bem como, pode-se ter o planejamento macroeconômico, orientado para a atividade total dos participantes do processo econômico, como é o caso do planejamento nacional ou planejamento regional, e o

microeconômico, quando enfoca os agentes individuais do processo. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 231)

A programação do desenvolvimento, que visa permitir uma visão completa do desenvolvimento econômico do país e estabelecer um sistema de metas coerentes de produção, compõem-se, desta forma, de etapas interdependentes, que pode ser descrita como ciclo que se repete, ou seja, o passar do tempo, os ciclos mais recentes levam em conta os novos dados e os fatos mais recentes. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 232)

Adiantando o resultado da pesquisa estatística feita no presente trabalho, a fim de direcionar a leitura para a conclusão que, no caso do pagamento de condenação na função saúde no Brasil no período de 2002-2011, também nota-se que a cada ano, foi considerado o aumento do valor gasto no setor, que ocasionou o aumento da verba orçamentária para atender aos demandantes de ações judiciais no setor saúde, o que, comprova a assertiva do autor, que trata-se de um ciclo que se repete.

Conforme previsto na Constituição Federal de 1988, o planejamento orçamentário é obrigatório e imperativo, cabendo ao Estado à responsabilidade de viabilizar o funcionamento dos serviços públicos essenciais demandados pela coletividade, o qual se realiza por meio da transferência de parcelas dos recursos dos indivíduos e das empresas para o governo, completando, assim o círculo financeiro entre sociedade e Estado. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 233)

O orçamento, na definição Eduardo Marcial Ferreira Jardim, é o planejamento de receitas e despesas públicas (JARDIM, 2010, p. 108). Neste sentido, no contexto brasileiro, é fundamental a tarefa de identificar e avaliar a destinação final do gasto público, como base para consecução do atendimento às necessidades públicas, sendo que a Constituição Federal do Brasil dispõe, em seu art. 48, incisos II, IV e XIII, que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, dispor, entre outras matérias, sobre o plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual, bem como planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, e também sobre matéria financeira. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 257)

Deste modo, compete privativamente ao Presidente da República, conforme determina o art. 84, inciso XXIII, da Constituição Federal, enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento, bem como que, a responsabilidade pela elaboração da proposta orçamentária é da Secretaria de Orçamento Federal (SOF), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que é o órgão central do sistema de

orçamento da União, contando com o suporte técnico dos órgãos setoriais nos Ministérios e na Presidência da República. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 258)

Estas propostas de orçamento dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como do Ministério Público da União, também são enviadas à SOF, que, por sua vez, promove a compatibilização final da proposta, que, posteriormente, será encaminhada para apreciação do Congresso Nacional. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 258)

O art. 165, §5º da Constituição Federal determina que a Lei Orçamentária Anual (LOA) compreenderá o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Além da Lei Orçamentária Anual, instituído pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 165, §1º, também o Plano Plurianual (PPA), cuja função é trazer a definição clara dos objetivos e resultados esperados, bem como a integração dos instrumentos de planejamento e de orçamento em uma mesma linguagem: a dos programas e de suas respectivas ações e define as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 264-265)

A Constituição Federal ainda instituiu a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) onde são estabelecidas, em cumprimento ao disposto no art. 165, §2º, da Constituição Federal, desde as prioridades a metas da administração pública federal até as disposições sobre alterações na legislação tributária da União, de modo que, os orçamentos anuais (fiscal, seguridade social e de investimentos das estatais), que formam o orçamento unificado, bem como os demais projetos de caráter financeiro, terão como referencial para sua elaboração as regras definidas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, sem o que não poderão ser apreciadas e votadas pelo Congresso Nacional. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 267).

Assim, nos termos do art. 165, §2º da Constituição Federal a lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual,

disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Com relação à função saúde, que é o objeto do presente trabalho, o orçamento da seguridade social que compreende as dotações destinadas a atender às ações de saúde, previdência e assistência social, conta, entre outros, com recursos provenientes: Das contribuições sociais previstas na Constituição, exceto a que trata o art. 212, §5º, e as destinadas por lei às despesas do orçamento fiscal; Da contribuição para o plano de seguridade social do servidor, que será utilizada para despesas com encargos previdenciários da União; Do orçamento fiscal e das demais receitas, inclusive próprias e vinculadas, de órgãos, fundos e entidades, cujas despesas integram, exclusivamente, este orçamento. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 273-274)

Dito isso, com relação à execução da política orçamentária é importante observar o orçamento apresenta-se como o mais importante instrumento de controle Legislativo em face do Executivo. No entanto, verifica-se que a distribuição de recursos públicos, que é anualmente acordado no Legislativo e expresso na lei orçamentária anual, é modificada pelo Executivo na fase de execução, o que leva a discrepâncias em termos de função entre os gastos orçados e realizados, não apenas no que se refere ao volume total de despesas previsto para cada função, como também em termos de distribuição. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 286)

Deste modo, a Constituição e a Lei n. 4.320/64, estabeleceram dois sistemas de controle da execução orçamentária: interno e externo, sendo que a Constituição Federal, art. 70, determina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

O sistema de controle interno ocorre no interior dos três Poderes e nas demais entidades atreladas ao orçamento público, com previsão legal no art. 74 da CEF e art. 54, p. un. da LC 101/2000 enquanto o controle externo se opera no Congresso Nacional com o suporte técnico dos Tribunais de Contas com previsão legal no art. 5º da lei n. 8.443/1992 e juntos realizam a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas constitucionais, bem como das entidades da Administração direta e indireta, observando-se que essa auditoria se realiza no interior de cada Poder. (JARDIM, 2010, p. 118)

O Tribunal de Contas da União tem sede no Distrito Federal e compõe-se de nove ministros, três auditores e representação do Ministério Público. São órgãos do Tribunal: o Plenário, a Primeira e a Segunda Câmaras, o Presidente, as comissões, de caráter permanente ou temporários, e a Secretaria, sendo que a representação do Ministério Público junto ao TCU compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em Direito. (GIACOMONI, 2010, p. 347-348)

Não obstante, a constituição de 1988, em seu artigo 74, §2º, ampliou o controle do orçamento ao permitir que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato possa, na forma da lei, denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas competente. (JARDIM, 2010, p. 118)

Deste modo, trouxe a possibilidade do cidadão e auxiliar no controle do orçamento público, representando um avanço na busca da eficiência e transparência dos gastos públicos, com fim último de promover o máximo possível ao atendimento das necessidades da população.

Além disso, ressalta que o controle dos gastos públicos, segundo Pedro Germano Anjos, vem sofrendo mudanças, pois que o controle de mera legalidade dos atos de execução orçamentária, validade formal, vem sendo substituído pelo da legalidade em sentido material, ou validade substancial, inclusive com a eficácia dos princípios constitucionais. (ANJOS, 2010, p. 134)

Por fim que, no curso do processo orçamentário, o acompanhamento e a fiscalização da execução dos orçamentos e a avaliação dos resultados atingidos apresentam-se como os últimos estágios do processo que ocorre nas finanças do Estado, completando assim o ciclo do planejamento-programação-execução-controle-avaliação, apresentado pelo autor. (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 290)

De modo sintético, com o objetivo de contextualizar a questão do orçamento público no Brasil, passa a apresentar a legislação vigente, que versa sobre o tema, no âmbito da União, que é objeto de análise no presente trabalho.

2.1.1 Legislação Vigente

Além da Constituição Federal de 1988, fazem parte da legislação que versa sobre planejamento e orçamento público, no âmbito da União a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal e ainda:

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal que em seu artigo 22 disciplina como a proposta orçamentária que o Poder Executivo encaminhará ao Poder Legislativo deve ser composta.

Por seu turno, a Lei n. 4.320/64 determina ainda em seu artigo 2º que a Lei do Orçamento deve conter a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecendo aos princípios de unidade, universalidade e anualidade.

Além destas, grande avanço no controle e fiscalização das despesas públicas pôde ser alcançado com a Lei Complementar n. 101 de 4 de maio de 2000, denominada de Lei de responsabilidade Fiscal;

Especificamente com relação aos créditos utilizados em pagamentos de sentenças judiciais, tem-se ainda a regulamentação da Secretaria de Orçamento Federal denominada “Portaria SOF nº 1, de 11 de janeiro de 2010” que estabelece procedimentos para a solicitação de créditos adicionais destinados ao pagamento de sentenças judiciais no âmbito das empresas estatais dependentes.

Em avanço também a forma de organização do conteúdo da Lei Orçamentária, a Portaria SOF nº 9, de 27 de junho de 2001, dispõe sobre a classificação orçamentária por natureza de receita;

Além destas outras importantes regulamentações disciplinadas em Portarias podem ser citadas, tais como: A Portaria Interministerial da Secretaria do Tesouro Nacional do Ministério da Fazenda e a Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, orçamento e gestão denominada “Portaria Interministerial STN/SOF nº 163, de 4 de maio de 2001” que Dispõe sobre normas gerais de consolidação das Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e dá outras providências; a Portaria SOF nº 1, d e 19 de fevereiro de 2001 que dispõe sobre a classificação orçamentária por fontes de recursos e a Portaria número 42/1999 do Ministro de Estado do Orçamento e Gestão denominada “Portaria MOG nº 42, de 14 de abril de 1999” que atualiza a discriminação da despesa por funções de que tratam o inciso I do § 1o do art. 2o e § 2o do art. 8o, ambos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, estabelece os conceitos de função, subfunção, programa, projeto, atividade, operações especiais, e dá outras providências.

Dito isso, passa agora apresentar, com base na legislação supracitada, como se dá o Processo Orçamentário, com fins a entender a questão dos reflexos da judicialização do direito fundamental à saúde no orçamento público.

2.1.2 Processo Orçamentário

Conforme disposto no art. 165 cumulado com o art. 84, XXIII da Constituição Federal a proposta orçamentária é de iniciativa privativa e exclusiva do Poder Executivo, cabendo, pois privativamente ao Presidente da República enviar ao Congresso Nacional: a) o plano plurianual (PPA), b) o projeto de lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e c) as propostas de orçamento anuais (LOA).

O plurianual (PPA) é o que estabelece os objetivos e as metas da Administração com referência às despesas de capital e outras despesas de duração continuada. (JARDIM, 2010, p. 112)

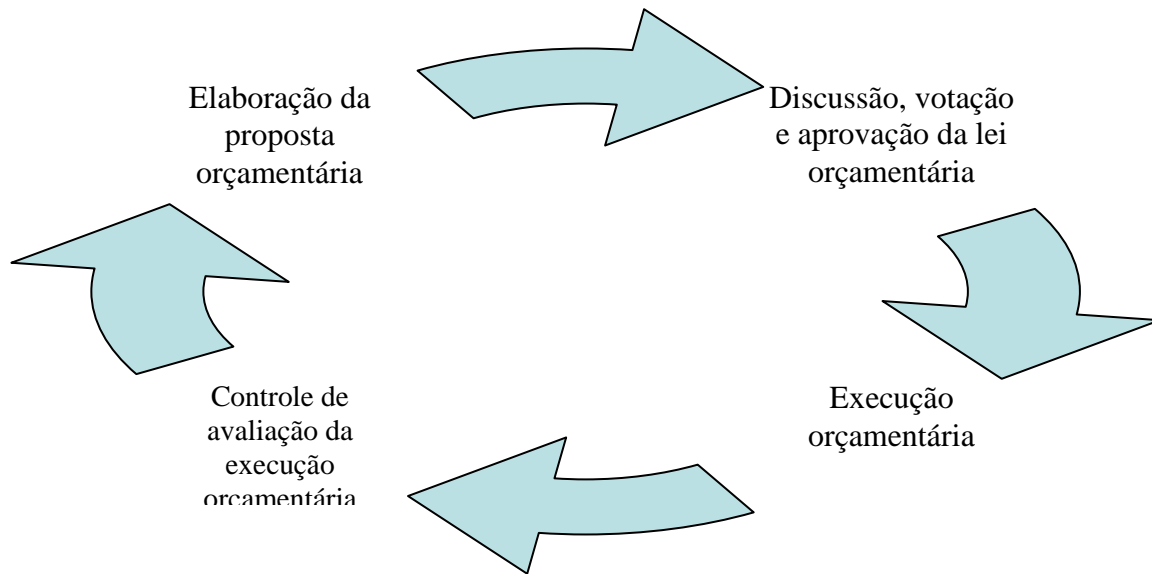
Já o de diretrizes trata do orçamento (LDO) compreende as metas e as prioridades da Administração no tocante às despesas de capital para o exercício subsequente, além de dispor as alterações da legislação tributária. (JARDIM, 2010, p. 112)

Por último, conforme dispõe o art. 165, parágrafos 1º à 7º, a proposta anual de orçamento (LOA) é aquela que abriga o orçamento fiscal referente aos três Poderes, fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações, e bem assim a seguridade social. (JARDIM, 2010, p. 113)

Após a conclusão do projeto de lei do orçamento anual, o Chefe do Executivo deve promover o respectivo envio ao Parlamento até quatro meses antes do término do exercício financeiro conforme determina o art. 35, §2º, III, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (JARDIM, 2010, p. 113)

De conseguinte, uma vez recebido o projeto, o congresso designa uma comissão de parlamentares, a qual fica incumbida de examinar o projeto do orçamento anual, bem como dos demais orçamentos, emitindo, ao final, o competente parecer, podendo propor emendas, que, no entanto, não podem alterar substancialmente a proposta original, pois que, sua admissibilidade se condiciona a harmonizar-se com o orçamento plurianual e com o de diretrizes. (JARDIM, 2010, p. 113)

A fim de representar o processo orçamentário didaticamente, Giacomoni, apresentou um diagrama que representa o ciclo orçamentário, com suas quatro etapas: (GIACOMONI, 2010, p. 211).



(GIACOMONI, 2010, p. 211)

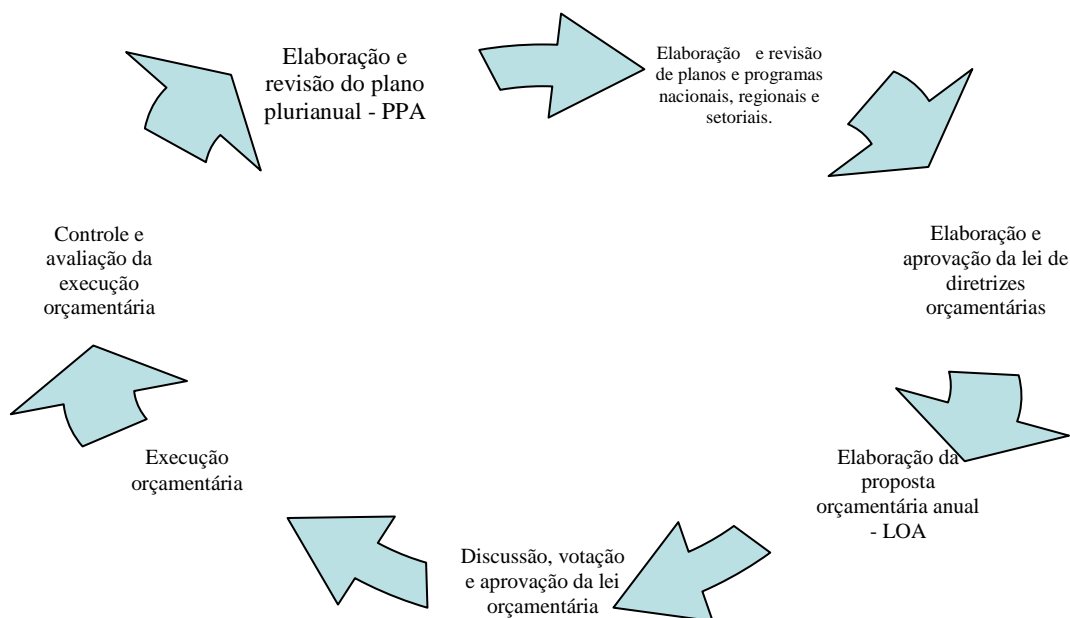
Uma vez cumprido o ciclo procedimental de criação de leis, o diploma orçamentário ganha vigência e eficácia, pelo que as entidades públicas assumem o dever jurídico de observar os ditames contidos na lei orçamentária promovendo assim, a execução do orçamento, o qual compreende quatro etapas, a saber: empenho, liquidação, ordenação e pagamento. (JARDIM, 2010, p. 115)

O empenho é efetivado através da emissão de um documento denominado *nota de empenho*, cujo conteúdo deve pormenorizar a operação e quantificar a despesa correspondente; a liquidação consiste na verificação do direito subjetivo do credor a fim de apurar a legitimidade do pagamento a ser efetuado; a ordenação, que é o despacho pelo qual a autoridade competente determina o pagamento da despesa e, por fim, o pagamento, que é o ato pelo qual o Estado promove a entrega do valor devido ao credor, sublinhando que o seu processamento é realizado por meio de ordem bancária ou de cheque nominativo. (JARDIM, 2010, p. 115-116)

Com relação ao plano plurianual (PPA), voltado à programação da administração pública e claramente idealizado como guia plurianual para as autorizações orçamentárias anuais. A grande importância concedida pela Constituição ao referido plano é medida pelas seguintes características principais: a) em primeiro lugar, há a vasta abrangência dos conteúdos integrantes do plano plurianual, ou seja, o estabelecimento, de forma regionalizada das diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e

para as relativas aos programas de duração continuada; b) em segundo lugar, a elaboração dos planos e programas nacionais, regionais e setoriais deve ser feita em consonância com o plano plurianual; c) Por último, nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão sob pena de crime de responsabilidade. (GIACOMONI, 2010, p. 212)

A integração entre plano plurianual e orçamento anual se dá através da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que, além de fornecer orientação para a elaboração dos orçamentos anuais, tem por finalidade destacar, da programação plurianual, as prioridades e metas a serem executadas em cada orçamento anual, conforme representada no diagrama abaixo: (GIACOMONI, 2010, p. 212).



(GIACOMONI, 2010, p. 213)

O Conteúdo da LDO é estabelecido em dispositivos da Constituição Federal conforme dispõe os artigos 51, IV; 52, XIII, art. 99, §1º; artigos 127, §3º; 165, §2º e 169, §1º, II e, a partir de 2000, por meio da chamada Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000: art. 4º, I, a, b, e, f, §1º e §3º; art. 5º, III; art. 7, §2º; art. 8º; e art. 14.

No caso da LDO federal, o projeto apresentará os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como os parâmetros e as projeções para seus principais agregados e variáveis, e ainda as metas de inflação, para o exercício subsequente, significando efetiva inovação no sistema orçamentário brasileiro, em colaboração positiva no esforço de tornar o processo

orçamentário mais transparente e, especialmente, contribui para ampliar a participação do Poder Legislativo no disciplinamento das finanças públicas. (GIACOMONI, 2010, p. 223)

2.1.3 Finalidade da classificação funcional do orçamento público – função saúde

A linguagem orçamentária é essencialmente contábil por ser a forma que mais atende a suas múltiplas finalidades, sendo o elemento básico de expressão do orçamento a conta, por meio da qual é possível antecipar as situações patrimoniais no orçamento; registrar a movimentação patrimonial na execução do orçamento; e demonstrar resultados patrimoniais nos balanços. (GIACOMONI, 2010, p. 88)

Neste sentido, as contas orçamentárias devem ser estruturadas de maneira a facilitar a análise dos efeitos econômicos e sociais das atividades do governo, facilitando a formulação dos programas do governo e ao cumprimento de seus objetivos, além de contribuir para a efetiva execução do orçamento e facilitar a contabilidade fiscal. (GIACOMONI, 2010, p. 89)

Com esta finalidade a Lei n. 4.320/64, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, estabelece as classificações da despesa orçamentária em: a) institucional; funcional; por programas; e segundo a natureza. (GIACOMONI, 2010, p. 89)

A Classificação institucional também chamada departamental tem finalidade de evidenciar as unidades administrativas responsáveis pela execução da despesa, isto é, os órgãos que gastam os recursos de conformidade com a programação orçamentária. (GIACOMONI, 2010, p. 90)

Assim, no orçamento da União aparecem os órgãos e repartições federais, classificados inicialmente pelos três Poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo. O Poder Executivo, por exemplo, é primeiramente subdivido em órgãos: Presidência da República, Ministério da Agricultura, da Educação, da Saúde, dos Transportes, etc. Cada órgão, por sua vez, é subdividido em unidades orçamentárias. Exemplificando: o órgão Ministério da Educação compreende diversas unidades orçamentárias: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Fundação Universidade Federal de Ouro Preto, etc. (GIACOMONI, 2010, p. 92).

A Classificação Funcional distribuiu o orçamento por categorias, distribuindo inicialmente em 10 funções, subdivida em 10 subfunções, sendo a função saúde a de número 7, cuja finalidade fora

fornecer bases para apresentação de dados e estatísticas sobre os gastos públicos nos principais segmentos em que atuam as organizações o Estado. (GIACOMONI, 2010, p. 95-96)

Após 1968 a classificação funcional passou a ser subdivida em programas, introduzindo com a Portaria n. 9/74 a classificação funcional-programática. As categorias de classificação funcional-programática são cinco: função, programa, subprograma, projeto e atividade. Cada função é desdobrada em programas, que se subdividem em subprogramas e estes em projetos e atividades.

As funções são, então, constituídas pela divisão, em grandes linhas, das áreas de atuação do governo, enquanto, projeto, nos termos da Portaria n. 9/74 é um instrumento de programação para alcançar os objetivos de um programa, envolvendo um conjunto de operações limitadas no tempo, das quais resulta um produto final que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação do governo e Atividade, define-se como sendo um instrumento de programação para alcançar os objetivos de um programa, envolvendo um conjunto de operações que se realizam de modo contínuo e permanente, necessárias à manutenção da ação do governo. . (GIACOMONI, 2010, p. 97)

2.2 Extensão e limites ao direito à saúde - o mínimo Existencial e a teoria da reserva do possível

Após o breve estudo sobre as questões dogmáticas, legais e processuais do Orçamento Público, é possível agora analisar a questão da extensão e limites ao direito à saúde, representado pela manifestação da teoria da efetivação dos direitos fundamentais, denominada “mínimo existencial” em contraposição aos seus limites orçamentários que por aplicação de uma teoria alemã dos anos 70 que se convencionou chamar de “reserva do possível”.

Ingo Wolfgang Sarlet, juntamente com Mariana Filchtiner Figueiredo, ressaltam que a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos, capacidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 29)

O fato é que, conforme já mencionado no presente trabalho, para efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, acrescenta-se o problema do “fator custo” (SARLET, 2009a, p. 284), dado o fato de que todos os direitos fundamentais possuem dimensão positiva, ou seja, que

dependem de uma atuação por parte do Estado, e, portanto, reflete na questão do orçamento público, mormente o direito fundamental em estudo que é o direito à saúde.

No direito prestacional à saúde, o seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, pois que, para grande parte da doutrina, a efetiva realização das prestações reclamadas em juízo não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da disponibilidade do orçamento público. (SARLET, 2009a, p. 285).

Segundo Flávio Galdino, em trabalho intitulado “Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores”, os reconhecimentos dos custos dos direitos estimula o exercício responsável dos direitos pelas pessoas, o que não ocorre quando o discurso e a linguagem dos direitos simplesmente fingem ignorar os custos dando uma ideia de direitos absolutos, incompatível com a realidade brasileira. (GALDINO, 2005, p. 229-230)

A questão da “reserva do possível”, no entanto, não se limita, na concepção de Sarlet, apenas na questão da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, mas também a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e ainda, já na perspectivado eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, 2009a, p. 287)

Sob a expressão “reserva do possível” insta ressaltar que foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972, em processo no qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970, tendo em vista que, em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão *numerus clausus*, que indiretamente impedia por tanto a efetivação do direito livre escolha da profissão concedida na legislação alemã. (TORRES, 2009, p. 103)

Ocorre que, naquela ocasião o Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu pela constitucionalidade da restrição considerando que os direitos sociais estão condicionados à reserva do possível. (TORRES, 2009, p. 103)

Perceba que o estudo até o momento, pelo menos em tentativa, demonstrou fundamentação teórica capaz de superar o questionamento acerca da disponibilidade jurídica dos recursos materiais, bem como da proporcionalidade da prestação, referente a questão da razoabilidade, dado ao fato que restou demonstrado que não se olvida empiricamente a aplicação do fenômeno mundial do neoconstitucionalismo no Brasil, tanto pela letra clara da Constituição Federal de 1988 que elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental com aplicabilidade imediata, cuja omissão pelo Estado gera o direito de sua exigibilidade perante o Judiciário.

Outrossim, que acerca da questão da proporcionalidade e razoabilidade, restou demonstrado também que não há defensores neoconstitucionalistas ou não que defendam a aplicação desproporcional do direito à saúde, tampouco defende que ao Judiciário é dado interferir em questões afetas ao orçamento público de modo excessivo e desarrazoado, de modo que, também com relação a este terceiro aspecto, superada está à discussão neste outro aspecto.

Deste modo, o presente tópico se propõe a analisar a limitação da “reserva do possível” no âmbito financeiro, ou seja, da escassez de recursos, ou dos recursos limitados disponíveis no orçamento público. Em primeiro lugar, constata-se que a reserva do possível não é do ponto de vista dogmático um limite à efetivação dos direitos fundamentais, mas um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, no que diz respeito à questão da razoabilidade e da limitação orçamentária.

Neste sentido afirmou Flávio Galdino quando o mesmo critica a concepção dos custos dos direitos como óbices de sua efetivação, passando a vislumbrar a questão orçamento, não como óbice, mas como pressuposto que tornam possível a realização dos direitos. (GALDINO, 2005, p. 234)

Ademais, afirma o mesmo autor que dizer-se que o orçamento público não pode suportar determinada despesa destinada à efetivação de direitos fundamentais, tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, ignora o fato de que os recursos públicos são captados em caráter permanente, de modo que a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos. (GALDINO, 2005, p. 234)

Noutra ponta temos que o Estado cada vez mais é chamado para que garanta uma existência digna do cidadão, que como vimos nos tópicos anteriores, o direito a dignidade da pessoa humana representa a efetivação de direitos cada vez mais abrangentes, vistos os direitos de primeira, segunda, terceira dimensões tem caráter indefinido e expansível.

Daí surgiu na doutrina alemã a expressão do “mínimo existencial” sobre o qual o Estado não pode se esquivar, ainda que sob a alegação de que estaria limitado à “reserva do possível”. Neste ponto, Gisele Maria Dal Zot Flores, destaca que o mínimo existencial apresenta-se sob duas formas: impõe ao Estado o dever de oferecer prestações positivas de natureza assistencial e, ainda, como direito de natureza negativa que impede o Estado de invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência. (FLORES, 2007, p. 75)

Ocorre que, para a finalidade do presente trabalho, que é estudar os reflexos da judicialização do direito social prestacional à saúde no orçamento público, analisar-se-á o mínimo existencial no seu aspecto positivo. Assim, na orientação doutrinária alemã, o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último vincula-se tão somente no direito à vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 23)

No caso do Brasil, embora não tenha sido positivado expressamente um direito geral à garantia do mínimo existencial, a garantia à existência digna, consta positivada no art. 170, *caput* da Constituição Federal, que trata dos princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 25)

Além conforme também já dito nos tópicos anteriores, vários direitos sociais que se inserem na abrangência do “mínimo existencial” também estão positivados na Constituição Federal, tal qual, o direito à assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, etc., embora com este, necessariamente, não se confundem e não lhe retira o caráter de direito fundamental autônomo. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 25)

Ocorre que, o viés da limitação financeira, no que tange à “reserva do possível” tem sido muitas vezes aplicada indistintamente em defesa da não intervenção do judiciário nas questões afetas ao orçamento, como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 32)

Deste modo Sarlet e Figueiredo defendem a tese que, face do sentido do disposto no artigo 5, §1º, da Constituição Federal, cabe ao poder público, o ônus da comprovação da falta efetiva dos

recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 32)

Em fundamentação da tese de Sarlet e Figueiredo, nos tópicos abaixo, o presente trabalho apresentará um estudo econômico sobre a eficiência do gasto público no Brasil que, antecipando a conclusão, demonstrou grave incidência de desperdício de dinheiro público, que, por certo, mitiga a alegação de que haveria escassez de recursos públicos disponíveis para efetivação de direitos sociais.

Sarlet e Figueiredo ainda defendem a possibilidade de controle pelo Judiciário da própria legislação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive do que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), afirmando que com isso, se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível redirecionando recursos para o atendimento destas necessidades, mediante o controle, também jurisdicional, das decisões políticas acerca da alocação de recursos, com fulcro no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional positivado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 34-35)

Com relação à possibilidade jurídica ou legitimidade do Judiciário em intervir nas políticas públicas, ressalta que o tema será objeto de estudo no último capítulo. Concluída questão conceitual acerca da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, passa agora à análise da eficácia especificamente do direito fundamental à saúde frente à reserva do possível e o mínimo existencial no Brasil.

2.3 Aplicação da reserva do possível adaptada à realidade brasileira – ponderação

Conforme já fundamentado nos itens anteriores, o direito social prestacional à saúde trata de verdadeiro direito fundamental, assim positivado no direito brasileiro e, portanto dotado da máxima efetividade.

Pela análise sistemática do direito brasileiro, pode-se afirmar que o direito saúde abrange tanto a dimensão preventiva, quanto promocional e curativa, quer dizer, abrange a garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo. (SARLET, FIGUEIREDO, 2010, p. 40)

No entanto, sem perder de vista a linha conciliatória de raciocínio no presente trabalho, não há também como desconsiderar por completo a real existência de limites orçamentários na efetivação do direito prestacional à saúde, tampouco da questão da razoabilidade e proporcionalidade das decisões, principalmente acerca de tratamentos onerosos em que não há comprovação de eficácia, ou ainda, quando há tratamentos alternativos que promovem o mesmo resultado possível ao enfermo, ou ainda quando o demandando possui, por si, condições financeiras para custear seu tratamento.

E inolvidável a limitação da efetividade das normas de direitos sociais vinculada ao fato custo, já que a efetivação de direitos prestacionais pressupõe recursos financeiros limitados (SILVA, 2010, p. 241). Deste modo, não há outro raciocínio possível, senão a ponderação, ou sopesamento de princípios colidentes, no caso concreto, da intervenção pelo Judiciário em questões que interferem na esfera dos demais poderes, para que, a pretexto da defesa do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana não esteja o judiciário praticando abusos contra a esfera autonômica dos demais poderes, caso em que, não restará alternativa senão defender a ilegitimidade democrática da ação do judiciário.

Segundo Robert Alexy, os princípios exigem uma realização mais ampla possível em face não apenas das possibilidades fáticas, mas também, em relação às possibilidades jurídicas. Deste modo sua aplicação de da aplicação da máxima da ponderação ou sopesamento que pode ser dividido em três passos: no primeiro é avaliado o grau de não satisfação ou afetação de um dos princípios; no segundo passo é avaliada a importância da satisfação do princípio colidente e por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou não satisfação do outro princípio. (ALEXY, 2008, p. 593-594)

Obviamente que não é tarefa fácil ponderar pela efetivação de direitos, mormente quando entra em jogo princípios colidentes de mesma ordem hierárquica constitucional, tal como é o objeto em estudo, ou seja, efetividade do direito prestacional à saúde em face da Separação de Poderes, ordem econômica, etc.

Outrossim, que por isso mesmo a teoria de Robert Alexy não está isenta de críticas, pois que praticamente todas as normas jurídicas deixam amplos espaços de discricionariedade que devem ser preenchido conforme avaliação políticas da autoridade competente. (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 213)

Nesse sentido, o fato de uma constituição ser “aberta” em razão da possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais não significa que o Judiciário pode decidir da “melhor forma” quando o legislador já se posicionou, pois que o órgão jurisdicional deve controlar apenas a observância dos parâmetros formais e materiais da decisão política, os quais são oferecidos pela Constituição. Pelo que, nunca poderá recorrer a “ponderações”, de forma a contrariar a decisão do legislador, exceto quando isso fundamentar-se diretamente no texto constitucional. (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 213-214)

À parte das críticas à teoria da ponderação, é justamente em face da dificuldade de sopesar princípios conflitantes acerca da “reserva do possível” e do “mínimo existencial” que é preciso que o próprio Estado continue evoluindo no sentido de desenvolver uma política orçamentária eficiente, que atenda às necessidades da sociedade, a fim de que, quando o Estado venha a ser chamado pelo Judiciário em demandas concernentes a efetivação de direitos fundamentais, possa explicitar e justificar suas escolhas, demonstrando critérios razoáveis para mostrar porque tal ou qual terapia são ou não disponibilizadas, etc. (AMARAL, MELO, 2010, p. 97)

Da análise de todo o conteúdo do presente trabalho até aqui, pode-se afirmar, com bastante clareza que não é correta *in abstracto* a assertiva de que os direitos fundamentais, mormente o direito à saúde em estudo, são plenamente eficazes sem que seja feita a análise da “reserva do possível”, quer seja do ponto de vista da razoabilidade e proporcionalidade da medida pleiteada, quer seja da ausência de recursos orçamentários para tanto.

Da mesma forma não é correta *in abstracto* a assertiva de que os direitos fundamentais são limitados pela “reserva do possível” no que tange a ausência de recursos orçamentários, mormente quando existe no Brasil grave problema de desperdício de dinheiro público, corrupção, dentre outros, problemas de ordem estrutural, legislativa, etc.

Assim, não há resposta correta para decidir quando ou quanto haverá de ser aplicada a teoria da reserva do possível na realidade brasileira, porquanto, sendo a discussão pertinente a questões de legitimidade democrática, razoabilidade, proporcionalidade, sem olvidar da fundamentação legal, e principiológica envolvida, caberá ao juiz, no caso concreto, aplicar o direito, com objetivo de atingir o resultado que mais se aproxime da justiça.

2.4 Avaliação da eficiência do gasto público no Brasil

Considerando a limitação dos recursos orçamentários pertinentes ao cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais, notadamente o direito a saúde em estudo, faz-se necessária uma avaliação acerca da eficiência do gasto público no Brasil.

Luciano Benetti Timm faz uma análise da questão da eficiência dos gastos públicos no provimento de direitos fundamentais numa perspectiva interdisciplinar entre Direito e economia ou *Law and Economics*. O Autor lembra que a questão da eficiência de gastos públicos não é apenas matéria para economistas ou para o mercado, mas é matéria afeta ao Direito que obriga o próprio Estado a teor do que dispõe o artigo 37 da Constituição Federal, devendo, pois também o jurista pensar de modo interdisciplinar para alcançar o que seria a melhor maneira de buscar a dita eficiência nos gastos públicos tendo em vista que os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas. (TIMM, 2010, p. 51-52)

Sob o prisma da escassez, o objetivo central é alcançar a maior eficiência possível nas alocações sociais, a qual pode ser medida de duas formas principais: primeiramente através da maximização das utilidades individuais e em segundo, através da maximização da riqueza social, representada eficiência pela alocação de bens ou recursos de modo que os recursos beneficiem individual e socialmente quando mais possível. (GALDINO, 2005, p. 242)

Neste sentido, o Direito entra como mais uma engrenagem no complexo mecanismo de alocação de recursos na sociedade de modo que eficiência torna-se sinônimo de justiça, sendo, pois, mais justa a decisão que se mostrar mais condizente com os critérios escolhidos de eficiência, preferencialmente no sentido de aumentar a riqueza social global. (GALDINO, 2005, p. 243-244)

Em contraposição, o mesmo autor analisa que a análise jurídica não pode ser reduzida à análise de eficiência econômica, sob pena de transformar a prevalência da racionalidade econômica em “tirania do dinheiro”, em detrimento da efetivação de direitos individuais que não são intercambiáveis. (GALDINO, 2005, p. 244-249)

Deste modo o presente tópico trará o ponto de vista de juristas e economistas para a questão da eficiência do gasto público em prover direitos fundamentais.

Nesse diapasão, inicia o tópico apontando as características gerais da ciência econômica, já que se trata a presente dissertação de um texto jurídico que pede “emprestado” conceitos e opiniões de outra área da ciência para entender de modo interdisciplinar entre Direito e Economia a questão da efetivação dos direitos fundamentais e os reflexos no orçamento público.

A Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas na medida em que a ineficiência provoca inevitável injustiça quando estes escassos recursos da sociedade são gastos sem maximizar a sua utilização social. (TIMM, 2010, p. 53)

A Economia pode contribuir com o planejamento do gasto público no orçamento do Estado, permitindo eleger prioridades de gastos sociais que atendam a um maior número de beneficiários evitando-se o desperdício e, portanto, de modo mais justo. (TIMM, 2010, p. 54)

No Brasil, a esfera federal tem cerca de 50 anos de experiência na elaboração e execução de planos de governo administrativos, econômicos e de desenvolvimento, pelo que, pode-se constatar que nessa trajetória houve acertos e desacertos, êxitos e fracassos, consequência, em grande medida, de instabilidade política, institucional e econômica que caracterizou a história recente do país. (GIACOMONI, 2010, p. 233)

O orçamento público surgiu com a finalidade precípua de ser instrumento de controle, que juntamente, com mecanismos de controle interno e externo, da população, do judiciário, etc., visam preservar a correção, a lisura e a honestidade nos procedimentos administrativo-financeiros públicos.

A realidade atual da administração estatal com crescentes demandas e maior número de funções, por formas de atuação mais complexas e por situações fiscais difíceis, exige, por sua vez, enfoques de controle preocupados com a avaliação dos resultados econômicos e sociais da ação governamental. (GIACOMONI, 2010, p. 337)

Da análise da evolução da legislação orçamentária e da legislação vigente, nota-se que há esforços contínuos e crescentes no sentido de moralizar os gastos públicos, aumentando sua fiscalização bem como, desenvolvendo métodos mais eficazes de controles dos gastos e da eficiência na sua destinação. No entanto, em que pese o notório esforço conjunto do executivo e legislativo neste sentido, ainda é possível constatar que há muito que melhorar principalmente no que tange a eficiência do gasto público no Brasil.

Deste modo, a fim de justificar a interferência também do judiciário no orçamento público, mormente no que tange a judicialização do direito fundamental à saúde que é o objeto central do presente trabalho, passa agora a apresentar estudo acerca da eficiência do gasto público no Brasil.

Luciana Torres da Silveira Graça Couto alerta que a mensuração da eficiência (ou ineficiência) do gasto público deve ser verificada não somente se os programas estão sendo executados com minimização de custos operacionais, como também, se o conjunto de programas que vem sendo executado maximiza os resultados obtidos em termos gerais do planejamento. (COUTO, 2009)

A despesa pública é considerada em termos genéricos como um fator importante para a promoção do crescimento econômico e do bem-estar social. Deste modo, no sentido de avaliar a eficiência da despesa pública, a maioria dos estudos recorre aos chamados métodos não paramétricos, onde um conjunto de entradas, físicas ou monetárias e de saídas é usado para a construção de um parâmetro de possibilidades de produção, ou seja, este tipo de análise de eficiência permite verificar-se qual poderia ser a redução possível em termos de custos, sem redução do nível de desempenho, caso esses recursos fossem utilizados de forma mais eficiente. (AFONSO, 2006, p. 8-9)

Segundo Marcos Mendes, numa concepção mais liberalista, o padrão de geração de gasto público no Brasil está longe de ser considerado eficiente tendo em vista, principalmente três problemas: a) A Constituição de 1988, que representou a opção por intervenção estatal na economia, assistencialismo e proteção de interesses específicos; b) A dispersão e baixa coordenação do poder político no regime democrático instituído a partir de 1984, que enfraqueceu o controle fiscal e c) A fragilidade das instituições e organizações de controle, coordenação e planejamento dos programas públicos. (MENDES, 2006, p. 20)

Para o autor, eficiente é o governo que consegue cumprir as principais funções que lhe cabem em uma economia capitalista de regime político democrático e, ao mesmo tempo, é capaz de minimizar os problemas e distorções advindos de sua ação, ou seja, para que o governo seja eficiente, deve cumprir essas funções de maneira satisfatória. (MENDES, 2006, p. 20)

Contudo, existem problemas institucionais que dificultam a busca da eficiência do gasto público, pois que, como se sabe, em primeiro lugar, setor público tem menos incentivos que o privado para minimizar custos e buscar maior qualidade e, em segundo lugar, os políticos e burocratas que operam a máquina estatal podem utilizar o poder de que dispõem para extrair rendas em

favor próprio ou de grupos sociais o que aumenta o custo e reduz a qualidade dos serviços públicos. (MENDES, 2006, p. 20)

Em terceiro lugar, tem-se que o processo político de decisão coletiva sobre as ações do Estado pode resultar em despesas públicas elevadas, exigindo alta tributação e endividamento públicos, provocando uma diminuição do investimento privado e comprometendo o equilíbrio de preços e o crescimento econômico. (MENDES, 2006, p. 21)

E, por fim, em quarto lugar, tem-se ainda que as ações públicas dependem de leis que determinam a sua execução, e na opinião do autor, dado que a aprovação de leis é um processo lento, o setor público tende a ser menos ágil que o privado nas correções de rumos e ajustes de metas, bem como está sujeito à perpetuação de privilégios inscritos em lei. (MENDES, 2006, p. 21)

Deste modo, na opinião de Marcos Mendes, existem “falhas de governo” que dificultam a elevação da eficiência do gasto público como instrumento de desenvolvimento econômico e social, são, principalmente: 1) Rigidez do gasto em face da determinação de despesas obrigatórias no texto da Constituição e da legislação complementar; 2) Existência de programas sociais sem preocupação com a avaliação de custo-benefício e sem quebra de privilégios, com viés eleitoral; 3) Descentralização fiscal que estimula a ineficiência; 4) Distorção no princípio da autonomia dos três poderes; e 5) Fragilidade das organizações e instituições de reforço da restrição orçamentária e de controle, coordenação e planejamento da gestão pública. (MENDES, 2006, p. 21-23)

Sobre as falhas de governo citadas supra o autor explica que em sua opinião, uma legislação baseada na estabilidade dos servidores e com baixo incentivo à produtividade somados ao fato de que outras despesas obrigatórias referentes a investimentos e atividades iniciados em anos anteriores comprometem mais de 90% das despesas do orçamento federal. Além do fato de que estas geralmente são “superindexadas”, ou seja, são reajustadas, em sua maioria, em ritmo superior à inflação (no caso da saúde, pela variação do PIB; no caso dos benefícios previdenciários, sociais e trabalhistas pela variação do salário mínimo). (MENDES, 2006, p. 24)

A rigidez da despesa tem diversos efeitos negativos sobre a eficiência do gasto público, na medida em que, os entes públicos que têm verbas previamente garantidas não precisam se esforçar ou demonstrar eficiência na administração dos recursos como forma de pleitear maiores dotações, bem como que, dado ao fato de que as prioridades de um país não são imutáveis; de

modo que a fixação, em lei, de quinhões rígidos e imutáveis de recursos para cada área impede que se ajuste a distribuição dos recursos conforme as mudanças de prioridades. (MENDES, 2006, p. 24)

Com relação ao viés eleitoral dos programas sociais, tem-se que, com a redemocratização e a consequente introdução de eleições diretas para os cargos de presidente da república e governadores de estado o grande contingente e eleitores de baixa renda tornou-se fundamental para a decisão de eleições, de modo que, para que os políticos possam “agradar” o seu eleitorado há a expansão dos programas assistencialistas, distribuição de bens e dinheiro, e de regulação de preços e rendas, tais como salário mínimo e aposentadorias, pouco importando se estes gastos estão criando um desequilíbrio fiscal que reduzirá o crescimento potencial da economia. (MENDES, 2006, p. 25)

Com relação à descentralização fiscal, tem-se que na Constituição de 1988 a União e os estados arrecadam os principais tributos e repassam aos municípios parcela significativa dessas receitas, sendo que, enquanto na maioria das federações as transferências representam aproximadamente 30% da receita local, no Brasil essa participação supera os 60%, sendo que em 73% dos municípios tal participação supera os 85%, segundo fontes da Secretaria do Tesouro Nacional. (MENDES, 2006, p. 26)

A literatura econômica já mostrou que o uso excessivo de transferências induz o aumento e a deterioração na qualidade do gasto dos governos locais, principalmente nas menores cidades, dada a maior incidência de administrações municipais com baixa qualificação técnica, em comunidades dotadas de frágeis mecanismos de controle da ação pública. (MENDES, 2006, p. 27)

Com relação à distorção da autonomia de poderes, tem-se que com a Constituição de 1988, foi concedida autonomia administrativa e financeira aos Poderes Legislativo e Judiciário, que ainda eram tutelados pelo Executivo durante o governo militar. Neste sentido, a possibilidade de determinar seu próprio orçamento que foi criada para impedir eventuais manipulações e pressões por parte do Executivo, acabou gerando oportunidades para que as burocracias dos demais Poderes crescessem e se apropriassem de parcelas cada vez maiores do orçamento público. (MENDES, 2006, p. 27)

Por fim, quanto à fragilidade das organizações e instituições de reforço da restrição orçamentária e de controle, coordenação e planejamento da gestão pública tem-se que, apesar dos

significativos avanços na qualidade das organizações e instituições destinadas a promover o equilíbrio fiscal, como, por exemplo, a Secretaria do Tesouro Nacional, o afastamento do Banco Central do financiamento das despesas fiscais, os programas de extinção/privatização de empresas públicas e bancos estaduais, o programa de ajuste fiscal de estados e municípios, a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), essas organizações tem deixado de cumprir rigorosamente suas funções em face ao seu caráter também político, dada a constatação de que são cada vez mais comuns os casos de impunidade de autoridades públicas que desrespeitam a LRF, mas não sofrem as sanções penais previstas, escudando-se na sua influência política e na lentidão da justiça. (MENDES, 2006, p. 27)

Em que pese à visão mais “liberalista” de Marcos Mendes acerca da prestação de serviços públicos essenciais, tal qual a saúde, do que se denota que para o autor um dos problemas da ineficiência do gasto público no Brasil é o fato de que o Estado chamou pra si a responsabilidade de fornecimento de cada vez mais serviços de natureza de direito fundamental, com o que ousamos discordar, dado o contexto histórico em que isso ocorreu, com o fenômeno do neoconstitucionalismo já abordado nos itens anteriores, foi possível detectar toda uma gama de problemas estruturais que dificultam a eficiência do gasto público no Brasil.

No entanto, Rogério Boueri Miranda publicou uma pesquisa estatística intitulada: “Uma avaliação de eficiência dos municípios brasileiros na provisão de serviços públicos usando *Data Envelopment Analysis*” publicada no boletim de desenvolvimento fiscal do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em dezembro de 2006, demonstrando outro fator relevante para a ineficiência do gasto público, que nada tem relação com a efetivação pelo Estado de direitos fundamentais, qual seja, o desperdício do dinheiro público no Brasil.

Deste modo, considerando a importância do seu trabalho para a análise da eficiência (ou ineficiência) do gasto no Brasil que justifique a intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos objetivos da Constituição passa a apresentar seus fundamentos e conclusão.

Um governo precisa atender ao mesmo tempo às necessidades educacionais, de saúde, de defesa nacional etc. Deste modo, sabendo-se que os recursos públicos são escassos limitados, o incremento da ação governamental em um setor implicará matematicamente na diminuição em outro, ou em aumento de carga tributária ou endividamento. (MIRANDA, 2006, p. 33)

O método de Data Envelopment Analysis (DEA) utilizado no trabalho de Miranda é utilizado pelos economistas para analisar setores produtivos nos quais há necessidade de avaliação de

múltiplos produtos, tal qual poderia ser considerado, na atividade estatal, a saúde, educação, transporte, etc., averiguando se há possibilidade de realização dos mesmos serviços, com utilização menor de recursos, ou seja, se os poderiam ser poupados caso os municípios brasileiros despendessem eficientemente os recursos orçamentários. (MIRANDA, 2006, p. 34)

O método Data Envelopment Analysis, ou DEA é baseado na definição física de eficiência, segundo a qual a eficiência é dada pela relação entre insumos utilizados e produtos gerados, de modo que, quanto maior a produção de uma unidade para uma dada quantidade de insumos ou, alternativamente, quanto menor a quantidade de insumos utilizada para uma determinada quantidade de produto, maior será a eficiência desta unidade e foi utilizada pelo autor para avaliar a eficiência dos municípios brasileiros na provisão de serviços públicos. (MIRANDA, 2006, p. 34)

O método DEA foi proposto por Farrel (1957), tendo se tornado popular na literatura após Charnes, Cooper e Rhodes (1978) ter-no utilizado para avaliações de problemas concretos. Estes primeiros modelos utilizados, conhecidos hoje em dia com modelos “CCR”, adotam a hipótese de rendimentos constantes de escala. Esta limitação, no entanto, foi superada pelo trabalho de Banker, Charnes e Cooper (1984), o qual estende o modelo original para o caso de rendimentos variáveis de escala, denominado modelo “BCC”. (MIRANDA, 2006, p. 34)

Aqui é importante ressaltar que não é o objetivo deste trabalho estudar a fundo os métodos de avaliação de eficiência propostos pelos economistas, dada a sua complexidade e a ausência de referencial teórico deste autor sobre as questões “extrajurídicas”. Assim, limitar-me-ei a colacionar suas conclusões, como dados bibliográficos, na defesa do argumento que há no Brasil enorme ineficiência dos gastos públicos.

Pois bem. Segundo o Autor, o critério utilizado em sua pesquisa no indicador de saúde fora o número de internações hospitalares realizadas na rede municipal, alertando sobre as limitações do método haja vista que, de acordo com a metodologia utilizada, duas internações curtas teriam duas vezes mais peso que uma única internação pelo dobro do tempo e isso pode se dever à gravidade do problema do paciente e não à eficiência da unidade hospitalar. (MIRANDA, 2006, p. 35)

No entanto, feitas as ressalvas técnicas o autor apresenta abaixo uma tabela numérica em milhões de reais, contendo a distribuição do desperdício segundo regiões e tamanho dos orçamentos, nos métodos citados supra, quais sejam: CCR e BBC, que são as variações do DEA.

Distribuição regional da ineficiência municipal

Região	Despesa orçamentária R\$ milhões	Desperdício CCR R\$ milhões	Desperdício CCR %	Desperdício BCC R\$ milhões	Desperdício BCC %	Despesa <i>per capita</i> R\$
Norte	3.434	2.333	67,95	1.507	43,87	333,78
Nordeste	13.249	8.685	65,55	5.431	40,99	334,63
Sudeste	38.856	28.071	72,24	17.485	45,00	592,25
Sul	12.236	8.675	70,89	7.281	59,51	539,51
Centro-oeste	4.041	2.832	70,09	2.322	57,46	467,34
Total	71.817	50.596	70,45	34.026	47,38	489,16

(MIRANDA, 2006, p. 39-40)

Em observação dos resultados, Miranda confirma que a ineficiência apresenta forte correlação com o dispêndio per capita, em ambas as variáveis do DEA, o CCR e o BCC, ou seja, quanto maior a despesa por pessoa, maior o desperdício.

Outrossim, com relação ao desperdício nas diferentes regiões o autor detectou padrões regionais de desperdício, no entanto, com pequena variação, especialmente quando se considera o critério CCR, com diferenças de aproximadamente 10% entre as regiões de máximo desperdício (Sudeste) e a de mínimo (Nordeste). (MIRANDA, 2006, p. 39-40)

Em outro estudo, representado na tabela abaixo, Miranda analisa a distribuição do desperdício por faixas de população, ou seja, os municípios com menor população têm um nível de desperdício (critério BCC) de quase 75%, sendo que este coeficiente vai caindo à medida que as faixas populacionais vão crescendo, atingindo seu nível mínimo na faixa que contém municípios com população superior a um milhão de habitantes, nesta faixa o desperdício é reduzido para menos de 10% da despesa. (MIRANDA, 2006, p. 40)

O resultado da distribuição da ineficiência segundo tamanho dos municípios, foi calculado através da diferença entre o que um dado município dispendeu e o quanto teria sido gasto pelas unidades mais eficientes da amostra para prestar o nível de serviços realizado pela unidade avaliada. Foi utilizada uma amostra de 3.206 municípios representativos de todas as regiões geográficas do país, sendo estes resultados referentes ao ano 2000.

Como produtos municipais foram utilizadas as seguintes variáveis: número de crianças matriculadas na rede municipal de ensino básico, número de internações na rede hospitalar

municipal e número de domicílios com coleta de lixo no município. Como insumo foi utilizado o total da despesa orçamentária municipal. (MIRANDA, 2006, p. 41)

Distribuição da ineficiência segundo tamanho dos municípios modelo BCC

Faixa de população	Número de municípios	População amostra %	Despesas totais R\$ milhões	Desperdício R\$ milhões	Desperdício %	Participação desperdício total %
<30.000	2.360	21,29	13.635	10.198	74,79	29,97
<100.000	632	22,25	12.735	7.979	62,66	23,45
<250.000	132	13,90	10.061	6.102	60,64	17,93
<1.000.000	70	20,56	14.951	7.753	51,86	22,79
>1.000.000	12	21,99	20.434	1.994	9,76	5,86

(MIRANDA, 2006, p. 40)

Esse resultado corrobora com a afirmação de Marcos Mendes citada supra, de que um dos maiores causas do problema da ineficiência do gasto público no Brasil é a descentralização fiscal, ou seja, o repasse excessivo pela União e pelos estados aos municípios de suas receitas, deteriorando a qualidade do gasto dos governos locais, principalmente nas menores cidades, dada a maior incidência de administrações municipais com baixa qualificação técnica.

Em análise da tabela supra, pede-se observar que, na amostra de cidades pesquisadas, houve um desperdício de 50,6 bilhões de reais, quando o modelo CCR foi utilizado. Tal número corresponde a 70,5% da despesa orçamentária dos municípios estudados. O desperdício cai para 34 bilhões de reais quando os efeitos de escala são considerados (modelo BCC).

Neste sentido, Galdino afirma que os elevados níveis de pobreza e miséria no Brasil podem ser atribuídos não só a escassez de recursos disponíveis, mas também à desigualdade e ineficiência gritantes na distribuição desses recursos entre os diversos setores da população, de modo que, se o Estado possui deveres assistenciais, deve se desincumbir deles através de uma gestão eficiente, e que, complementando o raciocínio do autor, do contrário, justifica a intervenção judicial. (GALDINO, 2005, p. 274-275)

Pelo exposto, pode-se afirmar que “a virtude está no meio”, ou seja, certo de que não se pode olvidar a limitação dos custos dos direitos, bem como, da análise econômica da eficiência dos gastos públicos que tem como objetivo garantir quanto mais possível uma riqueza social, também não é possível crer que a efetivação de direitos fundamentais pode ser analisada exclusivamente do ponto de vista econômico, devendo o Direito utilizar-se das análises econômicas levando a

sério a escassez de recursos agregando condições econômicas com os valores éticos através dos direitos. (GALDINO, 2005, p. 249-253)

Deste modo, em conclusão ao presente tópico que se propôs a analisar a eficiência do gasto público no Brasil é que a atividade de elaboração e execução o orçamento público também é uma atividade em evolução, passível de acertos e erros, sendo que, neste caso, justifica-se a intervenção do Judiciário, na qualidade de guardião da Constituição e dos fins democráticos, o que, de modo algum impede que o legislativo e executivo continue desenvolvendo métodos de execução, critérios e leis, melhores e mais aptas para melhorar a qualidade do gasto público no Brasil.

No entanto, no contexto da máxima eficácia dos direitos fundamentais a argumentação simplista e sem fundamentação objetiva acerca de uma suposta escassez de recursos financeiros para atendimento da necessidade da população, fica, pelo menos no contexto atual, prejudica de sobremaneira.

2.5 Reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde: Análise das Leis Orçamentárias Anuais: 2002-2011

Conforme se demonstrou nos tópicos anteriores, são comuns assertivas genéricas e imediatistas que atestam sem ressalvas que efetivação do direito à saúde reflete no orçamento público sempre redirecionando a mesma verba orçamentária para a saúde para um beneficiário em detrimento de outro beneficiário. Outrossim, que, por aplicação da teoria da “reserva do possível”, muitas vezes não há recursos suficientes para cumprimento das decisões judiciais o que termina por desorganizar o planejamento orçamentário do governo.

Em face dessas assertivas o presente trabalho trouxe pesquisa inédita, onde se buscou analisar estatisticamente quais os reflexos das decisões judiciais na formação do orçamento público na função saúde nos períodos de 2002, data em que os dados passaram a ser disponibilizados pelo Senado Federal no seu endereço eletrônico⁴, até 2011, último ano disponibilizado até o término desta pesquisa, como ocorre realmente este reflexo das decisões judiciais no orçamento público na função saúde.

⁴ http://www9.senado.gov.br/portal/page/portal/orcamento_senado/LOA/Execucao:EDFS

Assim, procurou-se averiguar se, no período, há discrepância entre o valor pago pela União em virtude de condenações do judiciário no setor saúde e o valor previsto no orçamento, bem como, se houve aumento da previsão orçamentária para a saúde em virtude do aumento do número de condenações do judiciário no sentido da efetivação do direito à saúde no longo prazo.

Em outro estudo, buscou-se verificar se, no mesmo período, o orçamento destinado à saúde como um todo, e o valor executado tiveram discrepâncias, de modo a verificar qual o verdadeiro impacto das decisões judiciais no orçamento público na função saúde.

Na amostra relacionada abaixo, selecionou apenas os gastos no código 0901 da função saúde, ou seja: cumprimentos de sentenças judiciais, fazendo um paralelo gráfico da dotação inicial e do valor pago no período em estudo, qual seja: 2002-2011:

LOA - Execução Orçamentária para o Setor: 07 - SAÚDE

0901 - OPERACOES ESPECIAIS: CUMPRIMENTO DE SENTENCAS JUDICIAIS

	Dotação Inicial	Autorizado	Empenhado	Liquidado (Subelemento)	Pago
2002	47.240.525	47.240.525	45.509.885	45.509.885	45.509.885
TOTAL	28.551.448.239	29.925.612.516	28.293.330.589	28.293.330.589	26.027.957.018
2003	30.368.086	46.113.637	45.883.633	45.883.633	43.866.624
TOTAL	30.590.984.324	31.173.255.487	30.226.384.307	30.224.652.420	28.219.878.371
2004	110.999.057	63.628.773	59.951.086	59.951.086	49.638.486
TOTAL	36.528.920.103	38.216.590.428	36.535.773.481	36.535.773.481	33.652.264.131
2005	141.424.657	119.009.722	115.902.380	115.902.380	113.650.402
TOTAL	40.542.754.890	42.931.340.522	40.139.578.749	40.139.578.750	36.845.040.043
2006	179.975.775	177.654.415	172.931.204	172.931.204	169.217.137
TOTAL	44.276.153.673	46.180.558.742	44.311.098.899	44.311.098.899	39.949.908.860
2007	90.095.785	89.526.205	80.476.125	80.476.125	72.845.909
TOTAL	49.699.230.970	52.992.319.275	49.483.684.910	49.473.139.246	43.839.983.025
2008	88.769.893	140.667.924	140.199.022	140.199.022	133.339.747
TOTAL	49.699.230.970	52.992.319.275	49.483.684.910	49.473.139.246	43.839.983.025
2009	100.227.680	134.269.415	133.421.484	133.421.484	130.817.243
TOTAL	59.519.469.731	64.328.379.880	62.908.268.472	62.908.268.472	54.319.012.577
2010	104.802.887	110.932.628	102.997.970	102.997.970	102.831.602
TOTAL	66.703.266.347	69.790.948.315	67.327.785.773	67.327.785.773	60.924.192.395
2011	110.883.700	120.914.852	115.225.284	115.225.284	108.436.936
TOTAL	77.149.363.987	80.873.978.125	78.536.907.189	78.536.907.189	70.101.574.689

Em resultado, foi obtido o seguinte gráfico:

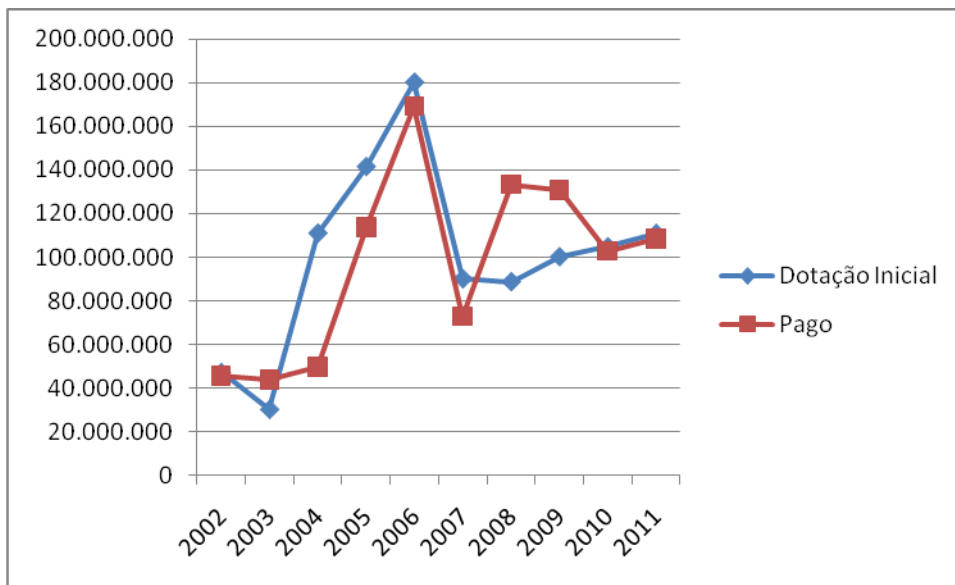


Gráfico elaborado pelo próprio Autor.

Da análise dos resultados obtidos, nota-se que realmente em 2008 e 2009 há uma discrepância entre o valor pago e a dotação inicial destinada ao cumprimento de sentenças judiciais na função saúde, a maior, ou seja, o valor pago em 2008 foi de R\$ 133.339.747,00 enquanto a dotação inicial era de R\$ 88.769.893,00, ou seja, houve uma diferença de 33,42% por cento entre a verba orçamentária destinada à saúde e a executada, bem como que, o valor pago em 2009 foi de R\$ 130.817.243,00 enquanto a dotação inicial era de R\$ 100.227.680,00, ou seja, houve uma diferença de 23,38% por cento entre a verba orçamentária destinada à saúde e a executada.

No entanto, nota-se que nos períodos de 2004, 2005 e 2006 a Dotação Inicial fora superior ao valor pago, bem como, que nos períodos de 2010 e 2011 há praticamente uma equivalência.

Deste modo, é possível afirmar que nos períodos de 2004, 2005 e 2006, bem como, em 2010 e 2011 não houve, a princípio, “Excesso” de Judicialidade, sob o ponto de vista que os valores gastos em condenações judiciais no setor saúde estiveram dentro do esperado na Lei Orçamentária.

Outrossim, que, apesar do gráfico ter mostrado uma queda abrupta da Dotação Inicial e do Valor Pago no cumprimento de sentenças judiciais no setor saúde, nota-se que, há se observado todo o período em análise, uma tendência ascendente, ou seja, cada vez mais ocorre o aumento da dotação inicial para a finalidade.

Em seguida, para completar a análise, levantaram-se os dados do valor total de despesa do setor saúde no mesmo período, fazendo um paralelo gráfico da dotação inicial e do valor pago no período em estudo, qual seja: 2002-2011, para verificar, no âmbito da totalidade da despesa com saúde, se há discrepância significativa entre o previsto e o executado.

TOTAL DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA NO SETOR SAÚDE: 2002 - 2011

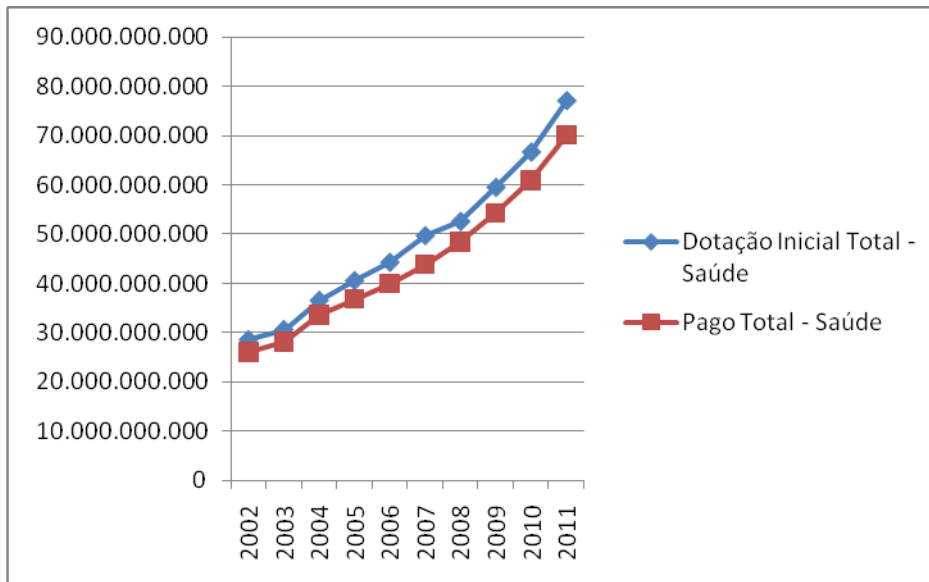


Gráfico elaborado pelo próprio Autor

Fonte dos dados primários:

http://www9.senado.gov.br/portugal/page/portugal/orcamento_senado/LOA/Execucao:EDFS

Da análise dos resultados obtidos, nota-se que, em todo o período pesquisa, a dotação inicial total para o setor saúde é sempre crescente e sempre superior ao valor total pago nos mesmos períodos, sendo possível observar ainda que o crescimento da Dotação Inicial e do valor pago é equivalente, ou seja, crescem praticamente na mesma proporção.

Deste modo, é possível, afirmar que, analisando apenas o setor saúde, o reflexo das decisões judiciais no orçamento público, no longo prazo, é o aumento gradativo da dotação inicial para o cumprimento de sentenças judiciais na função, bem como que esta conclusão é corroborada, quando analisada dotação inicial total e o valor total executado na função saúde.

3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE CONSIDERANDO A SUA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E OS REFLEXOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

De tudo que foi exposto já foi possível perceber que o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde considerando a sua legitimidade democrática depende do contexto histórico e do sistema jurídico em discussão, haja vista que restou demonstrado que tanto a fundamentação teórica favorável quanto à fundamentação teórica contrária à legitimidade da intervenção do judiciário nos demais poderes públicos ressalvam seus argumentos em relação ao bom ou mau funcionamento da democracia, principalmente no que tange separação de poderes e proteção dos direitos fundamentais por cada um daqueles.

Outrossim que, no Brasil, em verdade, analisando-se estatisticamente a diferença entre a dotação inicial do setor saúde no período disponível no endereço eletrônico do senado, de 2002 a 2011, quer seja do valor destinado especificamente para pagamento de condenações judiciais no setor saúde, quer seja no valor destinado para todo o setor saúde, verificou-se que há uma equivalência no crescimento da Dotação Inicial e do valor pago, ou seja, crescem praticamente na mesma proporção e ainda, que o reflexo das decisões judiciais no orçamento público, no longo prazo, é o aumento gradativo da dotação inicial para o cumprimento de sentenças judiciais na função.

Deste modo, neste último capítulo observar-se-á qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde considerando a atual período histórico e sistema jurídico brasileiro, sem o condão, portanto, de tornar a conclusão definitiva.

Para tanto, analisará neste derradeiro capítulo a jurisprudência do STF para identificar, no setor saúde, como nossa corte constitucional tem se posicionado nas questões afetas ao judiciário acerca do setor saúde, com o objetivo de verificar como o STF tem entendido o seu papel na defesa do direito fundamental à saúde e quais os critérios adotados nas decisões acerca do tema.

Após, buscar-se-á tratar-se dos mecanismos de tutela judicial na efetivação do direito fundamental à saúde com o objetivo de apontar qual ou quais os mecanismos seriam mais ou menos adequados na efetivação do direito à saúde.

Por fim verificar-se-á sobre a possibilidade de controle judicial do orçamento público na fase de elaboração e execução com o intuito de compreender melhor o âmago de atual do Poder

Judiciário frente aos demais poderes na efetivação do direito fundamental à saúde com o que chegará ao final do objeto proposto no presente texto.

3.1 A Jurisdição Constitucional no Brasil e a efetividade do direito fundamental à saúde – análise da jurisprudência do STF

Conforme informado supra, no presente item analisar-se-á a jurisprudência do STF para identificar, no setor saúde, como nossa corte constitucional tem se posicionado nas questões afetas ao judiciário acerca do setor saúde, com o objetivo de verificar como o STF tem entendido o seu papel na defesa do direito fundamental à saúde e quais os critérios adotados nas decisões acerca do tema.

Para tanto apresentará em seguida várias decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema saúde apresentando do que se trata o julgado especificamente e, em síntese, os argumentos apresentados no acórdão para efetivação do direito à saúde pelos Ministros e ainda, os argumentos contrários apresentados pelos recorrentes, a saber:

Em agravo regimental em recurso extraordinário com agravo (ARE 650359 AgR/RS) interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul em face do jurisdicionado particular H.F.C., o Ministro Marco Aurélio manteve decisão que determinou ao Estado do Rio Grande do Sul o ressarcimento de despesas hospitalares decorrentes de internação em hospital privado ante a inexistência de leitos públicos pelo Sistema Único de Saúde.

Em fundamentação do julgado o Ministro Marco Aurélio reportou-se aos argumentos apresentados na decisão recorrida que, citando o art. 196 da Constituição Federal, informou que a saúde “é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

O recorrente, por sua vez alegou que a decisão recorrida não sopesou as normas constitucionais com a realidade orçamentária estatal empregando a teoria da “reserva do possível”.

Em agravo regimental em recurso extraordinário (RE 607381 AgR / SC), interposto pelo Estado de Santa Catarina em face da jurisdicionada R.M.R., o Ministro relator Luiz Fux, manteve decisão que indeferiu o pedido de chamamento ao processo da União e consequente remessa dos

autos à competência da Justiça Federal para figurar no polo passivo de ação que busca o fornecimento de medicamento a paciente hipossuficiente.

No que tange a efetivação do direito à saúde, em fundamentação do julgado o Ministro Luiz Fux, afirmou que o artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementar políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos, bem como que, é dever dos entes federativos garantir recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas.

No que tange ao chamamento do processo da União fundamentou que, a despeito de ser reconhecida a solidariedade conforme argumentado pelo Estado de Santa Catarina no recurso, o chamamento ao processo da União revela-se medida meramente protelatória e, por conseguinte meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida, haja vista que, sendo, apesar da solidariedade, o Estado de Santa Catarina o escolhido pela parte autora para figurar no polo passivo da demanda, não haverá direito de regresso da ação.

Em agravo regimental na suspensão de tutela antecipada interposta pela União em face do Ministério Público Federal, Ministério Público do estado do Paraná e estado do Paraná, (STA 328 AgR / PR), o Ministro relator Cezar Peluso, manteve decisão que deferiu, em antecipação de tutela, em face da União e do Estado do Paraná para obrigar a União ao cumprimento de obrigação de fazer, relativa ao tratamento de “Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica” (DPOC), com o respectivo fornecimento dos medicamentos “Foraseg” (Fomoterl e Budesonida) e/ou “Spiriva” (Tiotropio).

Nos fundamentos do recurso a União alegou que o deferimento genérico do tratamento a todos os cidadãos que tiverem sido diagnosticados como portadores da doença, pelo próprio médico do SUS e não por “perícia médica”, impede que a União possa definir ou prever o número de pacientes ao qual deverá fornecer os medicamentos, o que supostamente colocaria “[...] em risco a ordem público-administrativa e a ordem econômica” [...] o que equivale a dizer que a União também utiliza-se do argumento da “reserva do possível” ou da limitação decorrente da escassez de recursos públicos na efetivação de direitos.

Outrossim, a União alega ainda que a extensão do direito de recebimento gratuito dos medicamentos referidos “a todo e qualquer portador de DPOC, submetido à jurisdição da Subseção Judiciária de Maringá, que apresente laudo médico do SUS” estaria substituindo “[...]”

toda a equipe técnico política que traçou as linhas mestras da Política Nacional de Medicamentos. [...]”, o que, equivale a dizer que a União utiliza-se do argumento do “Princípio da Separação de Poderes”.

No que tange a efetivação do direito à saúde nestes autos, em fundamentação do julgado o Ministro Cezar Peluzo aduz que o diagnóstico da doença por profissional do Sistema Único de Saúde é suficiente à comprovação da necessidade do tratamento.

Igualmente, afirmou que não há prova nos autos da suposta “grave lesão” à ordem econômica, que deve ser demonstrada de modo concreto e não de modo genérico ou “[...] meramente hipotética ou potencial [...]”.

Em agravo regimental na suspensão de tutela antecipada interposta pelo Estado da Bahia em face do particular F.P.S., (STA 361 AgR / BA), portador de doença rara denominada “doença de POMPE, também conhecida como Gliocogenose tipo II (CID E-74. 0) o Estado da Bahia, o custeio de medicamento de alto custo, denominado MYOZYME, registrado na ANVISA sob o n. 125430020, com custo anual de aproximadamente R\$ 920.000,00 (novecentos e vinte mil reais).

Nos fundamentos do recurso o Estado da Bahia alegou que manutenção da decisão acarretaria a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, em razão da ausência de registro do fármaco na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e do seu alto custo (R\$ 920.000,00 por ano), bem como, que a decisão poderia acarretar o denominado “efeito multiplicador” o que inviabilizaria diversas ações implementadas pelo Governo do Estado da Bahia.

Outrossim, alegou que o fármaco não teria registro na ANVISA e ainda que não teria sido comprovada a eficácia do tratamento indicado em pacientes adultos, mas tão somente no caso de tratamento na modalidade infantil.

No que tange a efetivação do direito à saúde nestes autos, em fundamentação do julgado o Ministro Cezar Peluso, detectou nos autos, prova do registro do fármaco na ANVISA, apesar de não constar dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública e ainda, de sua eficácia em adultos.

No que tange a alegação de risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, em virtude do alto custo do medicamento e do efeito multiplicador da decisão, o Ministro, reiterando

entendimento apresentado em casos semelhantes (STA 175, DJ 28.9.2009; STA 178, DJ 28.9.2009; STA 244, DJ 24.9.2009) de sua relatoria, o falta do medicamento ser de alto custo não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que “[...] a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis [...]” bem como, que a simples hipótese de repetição de idênticos feitos não é argumento suficiente para fundamentar a suspensão da tutela pleiteada.

Em agravo regimental na suspensão de liminar interposta pelo Estado de Pernambuco em face do Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina, (SL 47 AgR / PE), o Estado pernambucano requereu a suspensão da execução da liminar deferida na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o Município de Petrolina para que este adotasse oito providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital D.M., bem como que a União adote todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento das medidas deferidas.

Em suas alegações o Estado pernambucano afirma que o cumprimento das medidas determinadas pela liminar provocará grave lesão à sua estrutura administrativa e a seu orçamento; e que a execução de tais medidas é de competência do Município de Petrolina, devendo, pois ser imputáveis exclusivamente ao Município.

Além disso alega que embora a causa tenha por fundamento o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal, o Requerente aduz que a liminar ofende o princípio constitucional da interdependência dos poderes do Estado.

No que tange a efetivação do direito à saúde nestes autos, em fundamentação do julgado o Ministro Gilmar Mendes aduz que a orientação do STF é de que sejam inequivocamente demonstradas as graves lesões decorrentes do ato decisório que se pretende suspender, bem como que o recorrente fez apenas alegações genéricas que não tem o condão de reformar o julgado. Ademais, o recorrente não infirma o fundamento da decisão agravada de autoria do então relator Ministro Nelson Jobim, de que, em vez da grave lesão genericamente alegadas nos autos, o Ministro vislumbrou a ocorrência de dano inverso, caso a decisão venha a ser suspensa.

Não bastasse o Ministro Gilmar Mendes trouxe em sua fundamentação o resultado da Audiência Pública sobre a Saúde ocorrida no STF em 2009 que contou com a presença de representantes dos diversos setores envolvidos, onde restou constatado que, na maioria dos casos, a intervenção

judicial do direito à saúde no Brasil não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Gilmar Mendes ainda acrescenta que um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde foi que no Brasil, o problema não é a judicialização, ou seja, a interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois que, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Igualmente, com relação à necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível”, Gilmar Mendes afirma que a dependência de recursos econômicos para efetivação dos direitos de caráter social levam parte da doutrina defender que estas normas teriam feição de normas programáticas, dependendo, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis e que a intervenção do poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação de Poderes o princípio da reserva do financeiramente possível.

Ademais, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implica em escolhas alocativas dos recursos que pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de “macro justiça”, e, por conseguinte, que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto ou “micro justiça”, muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com prejuízo para o todo.

Noutra ponta, alerta que os defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana, de modo que, ao mesmo o “mínimo existencial” não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

Por fim, Gilmar Mendes conclui que, a resolução deste conflito que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil como um todo, encontra-se que o Judiciário deve utilizar-se de um juízo de ponderação na análise das relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas, ou melhor, entre direitos individuais e bens coletivos.

Em agravo regimental na suspensão de tutela antecipada interposta pela União em face do estado Ceará, do município de Fortaleza e da particular C.A.D.C.N. (STA 175 AgR / CE), o Ministro Gilmar Mendes manteve a decisão que foi deferida em favor da particular, a qual é portadora da patologia denominada “Niemann-Pick Tipo C”, doença neurodegenerativa rara, comprovada por exame laboratorial, o custeio pela União de tratamento através da utilização do medicamento “Miglustato (Zavesca)” que custa aproximadamente R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês.

A União alega em seu recurso que o medicamento não teria registro na ANVISA e não faz parte da Política Farmacêutica do SUS, tendo em vista o seu alto custo e ainda a não comprovação da eficácia do fármaco e por fim, que o custeio do tratamento acarretaria “grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas”.

Alega ainda que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se indevida a interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas.

E por fim, sustenta a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências, bem como, a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa a ainda que a o custeio de medicamento de alto custo pela União implicará em deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade de prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador.

Em fundamentação do julgado que inferiu o pedido de suspensão da tutela antecipada deferida o Ministro Gilmar Mendes atestou que não encontrou nos autos elementos fáticos e normativos que comprovassem a alegada grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, bem como, que consta dos autos prova que o fármaco é registrado na ANVISA, é o único existente para tratamento da doença a qual também há prova dos autos sobre sua existência.

Por fim que, com relação à solidariedade dos entes federados em matéria de saúde o Ministro apenas ressaltou que trata-se de entendimento da Corte Constitucional, haja vista que a competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição, sendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios responsáveis solidários pela saúde, e ainda, que o fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e

conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

Em Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul (RE 407902 / RS), que visava à reforma da decisão proferida na instância inferior que acolheu preliminar de ilegitimidade ativa do representante do Ministério Público (RMP) para pleitear em ação civil pública a declaração de direito de pessoa idosa com 66 anos de idade com insuficiência renal crônica, anemia e cardiopatia isquêmica, à percepção de medicamento em face do Estado o Ministro Marco Aurélio deu provimento ao recurso extraordinário declarar a legitimidade do RMP, afastando, pois a extinção do processo e determinando, por conseguinte, o retorno ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para prosseguimento do feito.

O RMP fundamentou suas razões recursais nos artigos 127 e 129, incisos II e III, da Carta da República, e ainda no fato de estar em busca do direito de pessoa idosa, tendo a Constituição atribuído à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar os idosos, bem como que a medida visa assegurar o direito à vida da pessoa idosa.

Em contrarrazões o Estado do Rio Grande do Sul apenas alegou o descumprimento de questões técnicas e fundamentou no acerto da conclusão adotada pelo órgão julgador de origem, apontando a suposta incidência das súmulas 282 e 283 do STF.

Em Recurso de Agravo Regimental no agravo de instrumento interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul em face da particular N.C.B (AI 553712 AgR / RS), com o objetivo de reformar decisão da instância inferior que manteve decisão que determinou bloqueio de valores do Estado do Rio Grande do Sul para assegurar o fornecimento de medicamentos em favor da agravada, o Ministro Ricardo Lewandowski, julgou improvido o recurso, mantendo-se portanto a decisão.

Nas razões recursais o Estado do Rio Grande do Sul alegou que a decisão estaria violando o disposto no art. 100 da Constituição Federal, que determina que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, devem ser feitos exclusivamente por meio de precatórios.

Em contraposição o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que da simples leitura do art. 100 supracitado, constata-se que esta disciplina, tão-somente, o regime especial dos precatórios, tendo, portanto, incidência apenas nos casos de execução de decisão condenatória, não se revelando plausível a legação de que, em hipóteses outras, mostra-se defeso o depósito em dinheiro por ente público, pelo que, ausente à violação do dito dispositivo constitucional, e, portanto, improvido o recurso.

Em por fim o Ministro Lewandowski ressalta que o aresto impugnado encontra-se em harmonia com a orientação do STF que, ao julgar o RE 271.286-AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello, entendeu que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, “[...] não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

Em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário interposto pelo Estado de Pernambuco em face do particular V. G. D. O. (RE 534908 AgR / PE), com o objetivo de reformar acórdão que condenou o Estado de Pernambuco a fornecer medicamento para tratamento de paciente que não pode suportar o seu custo o Ministro Cezar Peluso inadmitiu o recurso mantendo-se a decisão recorrida ao fundamento de que a determinação de fornecimento de medicamentos trata-se de jurisprudência assente na Corte que não pode ser infirmada sem razões novas das alegadas no Recurso Extraordinário.

E mais, o Ministro Cesar Peluso ainda condenou o agravante em litigância de má-fé, pelo pagamento de multa de 5% (cinco por cento) do valor corrigido da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso, ao depósito da respectiva quantia, por entender tratar-se o recurso abusivo e manifestamente protelatório, que [...] não traz razões novas para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte [...].

Em conclusão do presente tópico, aproveitando as palavras utilizadas pelo Ministro Cesar Peluso no acórdão supracitado (RE 534908 AgR / PE), tem-se que o “[...] entendimento invariável da Corte [...]” é pela efetividade do direito fundamental à saúde que legitima a judicialização do direito fundamental à saúde a despeito dos recorrentes alegações genéricas e destituídas de prova de ofensa grave à ordem econômica.

Desde modo, restou constatado, que as demandas que chegam ao STF tem tido resultados positivos em favor da efetivação do direito à saúde, quer seja nas tutelas individuais, quer seja

nas tutelas coletivas, pelo que denota-se que a Corte Constitucional brasileira tem entendido seu papel em relação às demandas concernentes ao direito fundamental à saúde de modo a promover a sua máxima efetividade, conforme delineado em nossa Constituição Federal, bem como, em consonância com a tendência mundial de efetivação dos direitos fundamentais.

Denota-se ainda que o STF tem entendido que a mera alegação de ofensa potencial e hipotética à ordem econômica não tem o condão de impedir a efetivação do direito à saúde pleiteado, o qual, por conseguinte deve ser demonstrado objetivamente.

Noutra linha de raciocínio, a constatação acima poderia servir também de alerta para que as procuradorias dos Estados e da União demonstrassem objetivamente nos autos a ocorrência da lesão à ordem econômica, objetivamente provando a insuficiência de recursos para atendimento do pleito judicial, principalmente naqueles de alto custo, pois que, assim, poderia servir de subsídio relevante para a análise casuística do magistrado quando for caso de indeferir o pleito em prol da coletividade.

Ocorre que, nessa mesma linha de raciocínio, a prova objetiva não é apresentada, talvez justamente pela ineficiência do gasto público conforme se demonstrou nos capítulos anteriores, mas esta conjectura é trazida ao presente trabalho apenas para reflexão e não a título de conclusão, pois que, por demais simplista e pretenciosa.

Vencida, portanto esta etapa de demonstração da efetividade do direito fundamental à saúde na Jurisdição Constitucional brasileira, através do levantamento jurisprudencial do STF sobre o tema, passa agora a apresentar as ações judiciais em defesa da saúde como mecanismos existentes na legislação vigente para coibir abusos do Poder Público e sua relação com o poder Judiciário e ainda para verificar se haveria modalidades de tutelas mais ou menos adequadas para a sua concretização do direito à saúde.

3.2. Mecanismos de tutela judicial na efetivação do direito fundamental à saúde

Por tudo que foi dito no presente trabalho pretendeu-se demonstrar que o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde considerando a sua legitimidade democrática e os reflexos no orçamento público não é de substituir o papel do legislativo e executivo na elaboração e execução das políticas públicas, mas sim, interferir na qualidade de guardião da

própria constituição quando há por parte dos demais poderes omissão ou abuso em suas competências também reguladas pela norma.

Assim, *prima facie* tem-se que o melhor modo de se promoverem os direitos sociais é pela atuação do Poder Executivo mediante políticas públicas racionais e eficientes que levem a sério o gasto público, que já passa, conforme se viu nos itens anteriores por controles internos e externos de legalidade, pelo Ministério Público, pelas organizações sociais etc. (TIMM, 2010, p. 57).

Deste modo fica claro que a via judicial deve se dar apenas corretivamente, para coibir abusos dos demais poderes, tanto na não locação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, pelo mau gerenciamento destes, como na inexecução dos respectivos orçamentos pelos Órgãos Governamentais. (TIMM, 2010) e (FIGUEIREDO, 2006).

No entanto, nos casos em que assiste ao Poder Judiciário, legitimidade democrática na efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, principalmente no direito à saúde em estudo, insta agora averiguar quais os mecanismos de tutela judicial em defesa da saúde na legislação vigente para então averiguar se há ou não mecanismos mais ou menos adequados para a concretização do direito à saúde na opinião dos doutrinadores.

Os principais mecanismos de tutela judicial em defesa da saúde como direito fundamental na legislação vigente podem ser ainda subdivididas em medidas de tutela individual e coletiva e ainda de controle abstrato e difuso.

Conceitualmente falando as medidas de tutela individual são aquelas ações propostas individualmente com o objetivo de tutelar direito específico do autor da ação que não se estende às possíveis outras pessoas que se encontrarem na mesma situação fática daquele que propôs a ação.

Já as medidas de tutela coletiva são aquelas que permitem atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática sem a necessidade de proposição individual da ação por cada um deste grupo de pessoas.

Noutra ponta tem-se ainda, que no ordenamento jurídico brasileiro, existe a possibilidade de controle difuso, por via de exceção, de competência do todo juiz ou tribunal e concentrado de constitucionalidade, este de competência do Supremo Tribunal Federal. (SILVA, 2000, p. 52-53)

No controle difuso, o efeito da sentença proferida é incidental, ou seja, apenas em relação às partes do processo mantendo-se eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia. Já no controle concentrado de a decisão tem eficácia *erga omnes* (genérica) e obrigatória. (SILVA, 2000, p. 56)

Os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade são realizados através da: Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão e a Arguição de descumprimento de preceito fundamental são os meios pelos quais o controle concentrado de constitucionalidade é feito.

Já no que tange aos exemplos de tutela individual e coletiva temos como exemplo de tutelas individuais: Ações de conhecimento reguladas no Código de Processo Civil e Mandado de Segurança Individual e, como exemplo de tutelas coletivas, ou seja, que tem efeitos extra partes são: Mandado de segurança coletivo, Ação Civil Pública, Mandado de injunção, Ação Popular, Ações civis coletivas do Código de defesa do Consumidor, Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) as quais serão apresentadas em apertada síntese quanto à sua fundamentação legal.

Considerando que no ordenamento jurídico brasileiro vige o sistema de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, conforme informado supra, tem-se que, em tese, quaisquer ações de conhecimento tem, em tese, o condão de declarar a efetividade de direitos fundamentais, mormente da saúde, determinando-se, outrossim, por exemplo, a obrigação de fazer ou de dar, contra os entes da federação, consistente em oferta de tratamentos médicos, oferta de remédios, etc., de modo que dentro das regras específicas do Código de Processo Civil, temos como exemplo de tutela individual as ações de rito ordinário, reguladas, pois pelos artigos 282 e seguintes.

Neste diapasão, ainda que o direito da parte não possa ser demonstrado de plano, dependendo, pois, para efetivação do direito à saúde, de instrução probatória, assiste ao requerente as vias ordinárias de ingresso.

Contudo, caso o direito fundamental puder ser demonstrado de plano, já com a documentação que instrui a petição inicial, assiste ao ofendido ação específica delimitada na lei número

12.016/2009 denominada Mandado de Segurança, instituído para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Já adentrando nos exemplos de tutelas coletivas, ou seja, que tem efeitos *extra partes*, a mesma lei número 12.016/2009 supracitada instituiu também o Mandado de segurança coletivo, o qual pode, conforme disposição do artigo 21 da referida lei, ser impetrado apenas por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

O referido mandado de segurança coletivo pode ser utilizado para proteção de direitos coletivos, assim entendidos, para efeito do mandado de segurança coletivo os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica e ainda, os direitos individuais homogêneos, assim entendidos, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante. No mandado de segurança coletivo, é importante ainda salientar que a conforme disposição do artigo 22 da citada lei, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Outra forma de tutela coletiva é a denominada Ação Civil Pública, regulamentada na lei número 7.347/1985 que pode ser utilizada também para efetivação do direito fundamental à saúde, incluindo ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio-ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica e à ordem urbanística.

Para proposição da referida Ação Civil Pública, conforme dispõe o artigo 5º da referida lei têm legitimidade o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor,

à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Com previsão na Constituição Federal, art. 5º, inciso LXXI e art. 102, inciso I, alínea “q”, outra ação que pode tanto ser utilizada em caráter individual como em caráter coletivo é o Mandado de Injunção, que apesar de sua ausência de regulamentação tem sido utilizado o rito do mandado de segurança, admitindo-se o mandado de injunção individual e coletivo.

O mandado de injunção entra em ação, nos termos do art. 5º, LXXI da Constituição Federal, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Segundo a jurisprudência mais atualizada o mandado de injunção não apenas tem o condão de declarar a omissão, mas trata-se de ação mandamental, não obstante de eficácia incidental, nos mesmos termos do rito especial do Mandado de Segurança já citado.

A ação é de competência do Supremo Tribunal Federal, quando, nos termos do art. 102, alínea “q” da Constituição Federal supracitada, a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

Apenas para ilustrar sua aplicação na defesa de interesses relativos à saúde, cita o Mandado de Injunção de n. MI 1083/ DF, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que determinou em face da ausência de lei complementar ao artigo 40, §4º da Constituição Federal que disciplina a aposentadoria especial do servidor, para determinar, via pronunciamento judicial, a aplicação das regras próprias aos trabalhadores em geral, contidas no artigo 57, §1º da Lei n. 8.213/91, para, em defesa da saúde do servidor, conceder a aposentadoria especial ao servidor público que trabalha em ambiente insalubre.

Neste sentido, à parte daqueles que alertam para o fato de que, dada a efetividade máxima das normas de direitos fundamentais conforme esposado neste trabalho, o mandado de injunção ainda é muito utilizado na prática forense como mecanismo garantidor de efetivação de direitos e liberdades constitucionais.

Considerando a demonstrada ligação entre a efetividade do direito fundamental à saúde e o orçamento público, tendo em vista que a efetivação de direitos prestacionais esbarra no fator custo, não poderia deixar de citar como mecanismo importante na defesa da efetividade do direito à saúde, a Ação Popular, com previsão legal no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988 e regulamentada na lei 4.717/1965.

A Ação Popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, visa a teor o 5º, inciso LXXIII supracitado, anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Neste diapasão, trazendo para o contexto de presente trabalho, qualquer cidadão que tenha conhecimento, por exemplo, de que orçamento público destinado à saúde esteja sendo desviado para função diversa de modo a lesar o patrimônio público e a moralidade, contrariando os objetivos da Constituição Federal, pode propor a competente Ação Popular para impedir o ato e ainda pleitear o ressarcimento das verbas aos cofres públicos para que seja utilizada em seu legítimo destino.

Apenas a título de ilustração da proposição da Ação Popular para proteção de verbas destinadas à saúde temos a Apelação Cível em reexame necessário, tramitada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, autos de n. 2019246-98.2007.8.13.0701, 2ª Câmara Cível que versava sobre anulação do Decreto n. 3.103/2007 que determinou a terceirização dos serviços de saúde no Município de Uberaba por empresa particular sem procedimento licitatório para aquisição de medicamentos, com consequente devolução de valores desviados à instituição particular.

Considerando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) também em questões afetas ao serviço público de saúde considerando que a coletividade custeia os gastos advindos da saúde pública temos como mecanismos de proteção ao direito fundamental à saúde as ações civis coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, pois, ações coletivas, as quais podem ser propostas para, nos termos do artigo 81 do referido Código, proteção de interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; de interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a

parte contrária por uma relação jurídica base e ainda de interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Para proposição das ações civis coletivas supracitadas, é parte legítima nos termos do artigo 82 do CDC, concorrentemente: o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código e ainda, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Por fim que as ações civis coletivas supra descritas podem ser propostas pelos legitimados supracitados, nos termos do artigo 91 do CDC, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores.

Ainda sobre os mecanismos de tutela coletiva, temos a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) que é positivada no artigo 102, parágrafo primeiro da Constituição Federal e regulamentada na lei n. 9.882/1999 que é de competência originária do Supremo Tribunal Federal e tem, conforme dispõe o artigo 1º da referida lei, por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e ainda quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

São legitimados para propor a Arguição de descumprimento de preceito fundamental os mesmos legitimados para proposição da ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, os dispostos no art. 103 da Constituição Federal, quais sejam: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do DF; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e a Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como exemplo da ADPF na defesa do direito à saúde, cita a ADPF n. 101 / DF da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgada em 24/06/2009, onde foi discutido o atingimento de preceitos fundamentais sendo eles à saúde e ainda o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, contido nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal em defesa de atos normativos proibitivos

da importação de pneus usados para reciclagem no Brasil, considerando que os resíduos dos mesmos ao serem descartados na natureza é fator de disseminação de doenças tropicais, bem como que a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar.

Outra ADPF na defesa do direito à saúde fora a APPF n. 45, proposto pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB em face do Presidente da República, promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material, em que o autor da citada ADPF sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Por fim, temos a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), previstas na Constituição Federal em seu artigo 102 e 103, e regulamentadas na lei n. 9.868/1999, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando a ação tiver sido proposta para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

São legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, nos termos do artigo 103 da Constituição Federal supracitado: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Trata-se de ações de controle concentrado, que, nos termos do artigo 27 e 28 da referida lei regulamentadora, tem eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, podendo, no entanto, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Neste diapasão, trazendo para o contexto do presente trabalho, Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, podem, em tese, ser utilizado para questionar a própria lei orçamentária, no caso da mesma contrariar os princípios da Constituição, a moralidade, a transparência, os fins sociais à que se destina etc., no que tange a efetivação do direito à saúde. A guisa de exemplo já houve no STF Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n. ADI 2925 / DF – Distrito Federal sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que foi posta em discussão Lei Orçamentária que contraria os fins preceituados na Constituição Federal.

Por fim, no que tange à Ação Declaratória de Constitucionalidade que tem lugar quando há relevante controvérsia judicial em torno da legitimidade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal, também pode ser utilizado em defesa da efetividade do direito fundamental à saúde na hipótese em que suposta controvérsia judicial se der em torno de ato normativo que venha a efetivar direitos fundamentais e esteja sendo descumprido sob o argumento de inconstitucionalidade daquele ato, inobstante não haja na jurisprudência pesquisa exemplo para ilustração do arguido.

Assim, constada a grande diversidade de mecanismos de tutela existentes no direito positivado brasileiro não se pode deixar de notar que este fato é também argumento favorável à legitimidade da judicialização do direito à saúde na medida em que se denota a inequívoca vontade do legislador em conceder ao Judiciário o poder/dever de fiscalizar os demais poderes no cumprimento efetivo da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

Outrossim, sendo estes os mecanismos de tutela judicial em defesa da saúde na legislação vigente, com breve explicação de seus principais objetos e fundamentos, passa a inquirir se há ou não mecanismos mais ou menos adequados para a concretização do direito à saúde na opinião dos doutrinadores.

3.3 Adequação das tutelas individuais e coletivas na efetivação do direito à saúde

De tudo que se apresentou até agora, nota-se que há controvérsias de toda ordem acerca da legitimidade democrática da judicialização na efetivação de direitos fundamentais, bem como, acerca dos reflexos no orçamento público.

Pois bem, justamente por isso é que, considerando presente a legitimidade desta judicialização, ainda há discussão acerca da adequação das tutelas individuais e coletivas na efetivação do direito à saúde, considerando a relação dos custos dos direitos e ainda das medidas que teriam maior ou menor chance de promover justiça em relação às situações muitas vezes conflitantes entre a micro e a macro justiça.

Em vista deste contexto Luciano Benetti Timm, em trabalho intitulado “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?”, aponta para as ações coletivas, como as ações que tendem a ser mais eficientes que aquelas individuais concedidas “casuisticamente pelo Poder Judiciário”, alertando ainda que a atuação da magistratura deve se dar em situações excepcionais de correção do processo democrático, e não como regra. (TIMM, 2010, p. 61)

Em sua fundamentação Timm alerta para o risco das ações individuais servirem para benefício de um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade, e que, as tutelas coletivas teriam o condão de abarcar todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática, em consonância com o princípio da igualdade, sem a necessidade de recorrer “a um sem número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas”. (TIMM, 2010, p. 61)

Outrossim, na opinião do autor deve-se privilegiar os procedimentos coletivos que tivessem participação, para consideração dos efeitos da decisão para a sociedade, de vários entes políticos e sociais como se daria por meio do instituto do *amicus curiae*, de modo que, mesmo as ações coletivas propostas por atuações “isoladas do Ministério Público” poderiam ser prejudiciais por estarem baseadas “na opinião pessoal de promotores que muitas vezes não entram em acordo sequer com seus pares”. (TIMM, 2010, p. 61)

Luís Roberto Barroso, também preocupado com os parâmetros para melhor atuação do judiciário na efetivação do direito à saúde no fornecimento de medicamentos, defende que nas ações individuais o juiz deve se ater a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos, pois que, o próprio artigo 196 da Constituição Federal associa

a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. (BARROSO, 2008, p. 31)

Disto decorre que, na opinião do autor, “presume-se” que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis a partir da visão global que detêm de tais fenômenos e ainda avaliaram os aspectos técnico-médicos envolvidos na eficácia do emprego dos medicamentos. (BARROSO, 2008, p. 31)

Além disso, na mesma linha de Jeremy Waldron, considerando que os juízes não são eleitos pelo povo, Barroso alerta para que sejam respeitadas as decisões do povo, que paga os tributos, que por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento, considerando o fato de que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis, pois que, tecnicamente, investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. (BARROSO, 2008, p. 31)

Em consonância com o pensamento de Timm, Luiz Roberto Barroso propõe que a revisão judicial dos atos dos demais poderes públicos no que tange à saúde deve ser feita apenas no âmbito de ações coletivas para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produza efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator ou ainda por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias, as quais foram, inclusive, apresentadas no tópico anterior. Em defesa de sua posição doutrinária, Barroso afirma que a discussão coletiva ou abstrata exigirá “naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas”, o que, em sua opinião, não ocorre no contexto das ações individuais. (BARROSO, 2008, p. 33)

No mesmo sentido Barroso defende que nas ações coletivas os legitimados ativos, Ministério Público, associações etc. tem melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los, tais como, por exemplo, qual o custo médio, por mês, do atendimento das pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. (BARROSO, 2008, p. 33)

Barroso afirma ainda que, na esfera individual, o juiz, preocupado com a solução dos casos concretos que o autor denomina de micro justiça, “fatalmente” ignora outras necessidades

relevantes e a imposição de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas, que o autor denomina de macro justiça, o que não ocorre, na opinião do autor, na esfera coletiva ou abstrata, em que, estar-se-ia examinando-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro justças. (BARROSO, 2008, p. 33)

Por fim, na defesa das tutelas coletivas em detrimento das tutelas individuais, Barroso afirma ser “evidente” que a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade, a qual produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preserva “a igualdade e universalidade no atendimento da população” e que, desta forma, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. (BARROSO, 2008, p. 33)

Ocorre que, não obstante os válidos e já discutidos fundamentos trazidos pelos autores, certo é que, não se pode *a priori* quais os mecanismos de tutela que seriam mais ou menos eficientes ou justos, ou legítimos, sendo que o papel do judiciário é analisar em cada caso concreto a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, mormente à saúde que é o objeto do presente trabalho.

Também não é verdade que o Judiciário, quer seja nas ações individuais ou coletivas, não realiza a análise do caso concreto à luz das manifestações dos vários setores da sociedade, mormente quando, conforme já citado neste trabalho o Supremo Tribunal Federal realizou em 2009 Audiência Pública sobre a Saúde que contou com a presença representantes dos diversos setores envolvidos, onde, segundo as palavras do ministro Gilmar Mendes no julgamento do agravo regimental na suspensão de liminar interposta pelo Estado de Pernambuco em face do Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina, (SL 47 AgR / PE) manifestou que restou constatado que, na maioria dos casos, a intervenção judicial do direito à saúde no Brasil não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Outrossim que pela análise jurisprudencial realizada no item 3.1 deste capítulo constatou-se que o Supremo Tribunal Federal, invariavelmente se depara, tanto na defesa de tutelas individuais, quanto na defesa de tutelas coletivas, com alegações genéricas e destituídas de objetividade do Poder Público, sobre a impossibilidade de atendimento do pleito relativo a direito prestacional à

saúde em face do seu custo e o suposto prejuízo à ordem econômica, alegações estas que não tem sido acolhidas pelo Supremo, justamente por não estar a suposta ofensa à ordem econômica demonstrada objetivamente nos autos.

Também não é possível afirmar categoricamente que, em face dos limitados recursos financeiros, a intervenção judicial do direito à saúde implica, necessariamente em uma “escolha trágica” em que a efetivação do direito para um indivíduo acarreta a não efetivação do direito para outro, principalmente quando, pela análise estatística realizada no presente trabalho no item 2.6 acerca da verba destinada à saúde e ao pagamento de condenações sobre saúde verificou-se um equilíbrio entre a dotação inicial e o valor efetivamente gasto, e mais, um aumento gradativo da verba para o setor saúde no período pesquisado.

Outrossim que não é verdade que o judiciário não adota critérios para suas decisões para concessão do direito prestacional à saúde, conforme se detectou claramente nos julgados pesquisados do STF (item 3.1) que tem muito bem delimitados critérios como, por exemplo, no fornecimento de medicamento, o registro do fármaco na ANVISA, da comprovação da necessidade e da eficácia do tratamento e ainda, da não existência de tratamento similar fornecido administrativamente pelo SUS, etc..

Ora, é evidente que o Poder Judiciário deve atentar-se a todos os argumentos relativos à reserva do possível, limites, escolhas trágicas, razoabilidade, etc., mas tais argumentos não tem o condão de inviabilizar a efetivação do direito, quer seja no âmbito individual ou coletivo, quando, em verdade, servem para dar subsídios necessários para a correção da decisão.

Muito se discute sobre a incapacidade do juiz em averiguar questões de micro e macro justiça no processo judicial, quando, em verdade, o juiz aplica o direito conforme a lei, o fato e a prova dos autos. Neste sentido, da mesma forma que os julgados do STF se demonstraram unânimes na efetivação do direito à saúde, mormente em face da inocuidade das alegações genéricas dos Poderes Públicos acerca de suposta lesão à Ordem Econômica, caso estes mesmos Poderes passarem a trazer argumentos concretos da mencionada lesão, de modo que inviabilize a concessão do direito, por óbvio, alterará a decisão.

Pelo que, defende-se aqui, a adoção de critérios objetivos para efetivação de direito prestacional à saúde, não só do ponto de vista dos critérios para sua concessão, mas também dos critérios de sua negativa.

Deste modo conclui-se que não há regra geral sobre a adequação ou não deste ou daquele mecanismo de tutela na efetivação do direito à saúde, pois que, todos os mecanismos de tutela são ferramentas imprescindíveis na efetivação do direito à saúde pelo judiciário, os quais devem ser analisados casuisticamente, lembrando-se ainda, que conforme citado supra, não há que se falar em ausência de legitimidade democrática do judiciário pelo fato deste poder não ser eleito pelo povo, quando os poderes eleitos criaram os próprios mecanismos de tutela.

Outrossim, que os mecanismos de tutela do judiciário não substituem as Políticas Públicas ou de qualquer modo, sobrepõem os mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais dos demais poderes, visto que, em verdade, se complementam, tendo em vista que, a análise da legitimidade democrática que é feita em relação ao Judiciário na efetivação das normas de direitos fundamentais também deve ser observada com relação aos demais poderes, pois que, conforme visto alhures, baseado na solução dialética encontrada por John Rawls que afirmou que não pode caber nem só ao legislativo, nem só ao executivo, nem só ao supremo tribunal, mas sim, pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo. (RAWLS, 2000, p. 283)

3.4 Controle judicial do orçamento público na fase de elaboração e execução

O Controle Judicial da formulação das políticas públicas ocorre devido à necessidade de se verificar a compatibilidade dessas políticas públicas com as diretrizes traçadas pelo texto constitucional, já que, em determinadas hipóteses a própria Constituição já traça o conteúdo de uma política pública e por isso os meios utilizados para atender os anseios sociais devem estar vinculados a essa determinação constitucional. (GUIMARÃES, 2010).

Têm-se como exemplos de diretrizes traçadas pelo texto constitucional no âmbito da saúde, o art. 198, II, da Constituição Federal, que estabelece como diretriz do Sistema Único de Saúde o atendimento integral, com prioridade das atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e o art. 227, *caput* que garante a proteção especial à criança e ao adolescente, determinando que essa assistência deve ser prestada com absoluta prioridade. (GUIMARÃES, 2010)

Outros importantes exemplos podem ser encontrados no art. 55 e 195 da Constituição que dispõe que até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, trinta por cento, no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de

saúde e ainda que a seguridade social seja financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

Além disso, acerca do controle judicial do ato administrativo, Alexandre de Moraes explica que, em relação aos atos administrativos vinculados, em face de a lei determinar todos os seus elementos, o controle jurisdicional é pleno, pois inexistente vontade subjetiva da Administração na sua edição, bem como que, com relação aos atos administrativos discricionários, o controle jurisdicional, deve se dar não só sob o aspecto de sua constitucionalidade, legalidade e moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico, inclusive com relação à contrariedade aos princípios constitucionais da Administração Pública, mormente o princípio da eficiência. (MORAES, 2009, p. 419-426)

Deste modo, conforme foi possível verificar no presente trabalho, a judicialização do direito fundamental prestacional à saúde não deve servir para invadir a competência dos demais poderes, mas sim, para que sejam evitados abusos e omissões dos demais poderes, ou seja, a legitimidade democrática de intervenção do judiciário se limita a verificar a consonância dos atos do Poder executivo e legislativo com os preceitos fundamentais, a lei e Constituição.

Outrossim, que conforme informou o ministro Gilmar Mendes no julgamento do agravo regimental na suspensão de liminar interposta pelo Estado de Pernambuco em face do Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado de Pernambuco e Município de Petrolina, (SL 47 AgR / PE), na maioria dos casos, a intervenção judicial do direito à saúde no Brasil não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Em artigo intitulado “Proteção Judicial dos direitos fundamentais”, o ministro Gilmar Mendes, na mesma linha do julgado supracitado, afirmou que o STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, “desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição”. (MENDES, 2009, p. 388)

Novamente relembra que até Jeremy Waldron que se posiciona de modo contrário ao *judicial review* pondera que poderão existir determinadas situações em que a revisão judicial seja necessária como medida protetora contra patologias legislativas, ainda que de modo excepcional,

para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível (WALDRON, 2010, p. 97).

Neste ponto, Alessandra Bagno F. R. de Almeida e Cristiano Tolentino, em trabalho intitulado “A ponderação proposta por Robert Alexy como forma de concretizar os direitos sociais: uma alternativa contra o simbolismo dos direitos frente à reserva do possível” apresentado no XXI Encontro Nacional do CONPEDI – Uberlândia, afirma que, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado, quer seja na obtenção de recursos, quer seja na realização de despesas, encontra-se em conformidade com as normas constitucionais. (ALMEIDA, TOLENTINO, 2012)

Neste sentido, reitera ainda que resta claro que o papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é interpretar a Constituição e as leis de modo a resguardar direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico, cabendo em muitas situações construir o sentido das normas jurídicas, mormente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. (BARROSO, 2008, p. 25-26).

Deste modo, excepcionalmente, caso os órgãos estatais competentes descumpram políticas públicas definidas pela própria Constituição, não há óbice para a intervenção judicial na fase de elaboração e execução do orçamento público através dos mecanismos de controle abstrato da constituição citados supra, tal qual a Ação Civil Pública, Ação Popular, a Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) e Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIN por omissão).

Além do exemplo já citado no item 3.2 supra, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, de n. ADI 2925 / DF – Distrito Federal sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, em que foi posta em discussão Lei Orçamentária que contraria os fins preceituados na Constituição Federal, traz agora outro interessante exemplo do STF contigo do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, sob o n. ARE 639337 AgR / SP em que decidiu-se pela legitimidade da intervenção jurisdicional na elaboração de políticas públicas relacionadas a outro direito social prestacional, a educação, na hipótese de descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional, motivo pelo qual, aplica-se, por analogia também à intervenção na elaboração de políticas públicas relacionadas ao direito social prestacional à saúde.

Em fundamentação da decisão o Ministro Celso de Mello teceu importantes considerações dogmáticas que por sua relevância passa a apresentar.

Com relação à legitimidade da intervenção jurisdicional em caso de descumprimento de políticas públicas definidas em sede constitucional o Ministro relator ressalta que o Poder Público, quando se abstém de cumprir o dever de implementar políticas públicas definidas no texto constitucional transgredir a própria integridade da Lei Fundamental que traduz-se em inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição, com o propósito de aplicá-la somente nos pontos de conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos, justificando-se assim a intervenção do Poder Judiciário, com o objetivo de “neutralizar os efeitos lesivos e perversos”, provocados pela omissão estatal.

Em complemento, o Ministro fundamenta sua decisão ainda na intangibilidade o que se convencionou chamar de “Mínimo Existencial” em face da “Reserva do Possível”, de modo que, a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada, pelo Poder Público com o propósito de frustrar a implementação de políticas públicas definidas na própria constituição dada a “insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial”, cuja noção resulta, por implicitude, dos preceitos constitucionais contidos na Constituição Federal, principalmente, o artigo 1º, inciso III, e art. 3º, III, prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir a existência digna, ou seja, com condições de acesso ao direito negativo de liberdade e ainda de prestação positivas tais como o direito à educação e a saúde.

Por fim, o Ministro fundamenta ainda sua decisão no princípio da “proibição do retrocesso social” como obstáculo constitucional ao inadimplemento, pelo Poder Público de direitos prestacionais, que consiste no impedimento, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam “desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”.

Em arremate, é importante ressaltar que na decisão citada o Ministro Celso de Mello houve por bem condenar o Poder Público, nas “astreintes” prevista no §5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, que se reverte de “função coercitiva” que tem por finalidade específica “compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial.”.

Outro exemplo, este diretamente relacionado ao direito à saúde, foi decidida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento de n. 734.487 – Paraná, sob a relatoria da Senhora

Ministra Ellen Gracie, onde discutia-se a legitimidade do Poder Judiciário em determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

Na decisão, a Ministra Ellen Gracie negou provimento ao recurso do Estado do Paraná para manter a decisão proferida em recurso extraordinário para que o juízo de primeiro grau prossiga como entender de direito, no julgamento da ação civil pública, cujo objeto consistia em impor ao Estado do Paraná uma obrigação de fazer, envolvendo liberação de recursos financeiros, ampliação da unidade de terapia intensiva-adulta do Hospital Universitário de Londrina e adoção de medidas necessárias para “o bom desenvolvimento do referido setor”.

Em sua fundamentação a Ministra salientou que “o direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço”.

Neste diapasão, é dever do Judiciário estar atento ao cumprimento do princípio do planejamento orçamentário prévio, extraído da Constituição, porque dele dependem a aplicação das dotações constitucionais que, mesmo com a força advinda da normatividade constitucional, são às vezes suprimidas sem fundamentação constitucional. (ANJOS, 2010, p. 138)

Assim, realizadas as devidas ressalvas acerca do caráter excepcional da intervenção judicial do orçamento público na fase de elaboração e execução do orçamento público, tem-se que, com base no entendimento uníssono de nossa Corte Suprema, também é papel do Judiciário o controle jurisdicional da alocação e execução das verbas públicas, principalmente no que diz respeito ao direito fundamental à saúde.

3.5 O Papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde

Dentro do contexto colocado no presente trabalho, em que se pretendeu verificar como a judicialização do direito fundamental à saúde interfere no orçamento público com fim de apontar qual o papel do judiciário na efetividade do direito fundamental à saúde, termina o presente trabalho com uma reflexão acerca de qual deve ser a função do Judiciário perante a questão da efetivação do direito fundamental à saúde.

Ocorre que, nada obstante a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, instituído no Estado Constitucional de Direito, para que esta ocorra com relação aos direitos prestacionais,

constatou a necessidade do Judiciário em considerar o “fator custo” (SARLET, 2009a, p. 285), ou seja, para que o Estado possa cumprir o disposto na normativa dos direitos sociais, é preciso que sejam direcionadas verbas orçamentárias para tanto, de modo que, o Estado possa se organizar na manutenção de toda sua estrutura em harmonia com a efetivação desses direitos.

Em face disso, constatou-se a aplicação pelo judiciário brasileiro da teoria alemã da “reserva do possível”, “[...] *que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma.*” (SARLET, 2009a, p. 285), ou seja, que a efetivação dos direitos sociais postos ao cidadão, está condicionada, em última análise, a existência de recursos e da possibilidade de disposição destes no caso concreto para que não haja prejuízo na manutenção da máquina estatal.

Em contraposição, constatou-se a aplicação da teoria do mínimo existencial (ALEXY, 2008, p. 511-514), que se trata de um desdobramento do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que versa sobre a obrigação do Estado em proporcionar ao cidadão uma existência digna, incluindo-se, pois, que o cidadão tenha os seus Direitos Sociais efetivados.

Em resultado ao conflito nos princípios supracitados, notou-se através do estudo jurisprudencial realizado no item 3.1 que o STF tem concedido a tutela de saúde pleiteada, sob o recorrente argumento de que são inócuas as alegações genéricas dos Poderes Públicos acerca de suposta lesão à Ordem Econômica, e ofensa a “reserva do possível”, ou seja, constatou-se que, o ente público suscitado à responder em juízo pela não efetivação de determinado direito à saúde, invariavelmente traz alegações acerca do “fator custo” desprovidas de qualquer demonstração objetiva da suposta lesão à dita “ordem econômica”.

Disto denota-se que, somado ao estudo estatístico acerca do orçamento público da função saúde e do estudo acerca da eficiência do gasto público no Brasil, realizada no capítulo 2 do presente trabalho, é possível a conclusão de que, trazendo a Teoria da Reserva do Possível para a realidade brasileira, a falta de efetividade dos direitos sociais prestacionais não se encontra sempre vinculada a escassez absoluta de recursos para tanto, mas também e principalmente, da escassez provocada pela presença da malversação de recursos e a corrupção que acarreta uma ausência relativa de recursos para a efetivação destes direitos fundamentais.

Neste sentido manifestou Robert Alexy (2008, p. 511-514) a falta de recursos que se dá por negligência e ineficiência administrativa do próprio Estado e que não podem ser atribuídas ao cidadão, parte obviamente hipossuficiente da relação, não obstante a existência das teorias

contrapostas, quais, sejam, a razoabilidade, proporcionalidade, sopesamento em relação ao chamado mínimo existencial.

No Brasil, não restam dúvidas acerca da efetividade dos direitos sociais prestacionais contidos na Constituição Federal, como corolário do princípio fundamental da república Federativa do Brasil da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF)⁵, dotado de aplicação imediata nos moldes do §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.⁶

Não obstante isso e muito embora o argumento da máxima efetividade dos direitos sociais prestacionais, mormente, a saúde, tem sido com frequência, adotada pelo nossa Corte Suprema, nota-se que as instâncias inferiores ainda não compreendem da mesma forma o seu papel de defensor da Constituição e dos princípios fundamentais de direito.

Isso porque, apesar de haverem decisões neste sentido na melhor jurisprudência brasileira, constatou-se que, nas instâncias inferiores o Judiciário brasileiro ainda tem titubeado quando a demanda versa sobre questões cujo mérito tem por fim onerar o próprio Estado, mormente quando o tem em contenda é dar efetividade aos Direitos Sociais prestacionais, utilizando de análises subjetivas acerca da Reserva do possível o que culmina inequivocamente na insegurança jurídica e ao alvedrio do juiz a efetivação ou não dos direitos fundamentais do cidadão.

Para ilustrar os fundamentos apresentados supra, seguem abaixo duas decisões judiciais do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo a primeira concedendo ao Estado a isenção da efetivação dos direitos sociais sob a guarda da Teoria da reserva do possível e a última defendendo a efetividade dos direitos sociais, com base na ampliação do conceito de mínimo existencial e na tese da necessidade de demonstração objetiva pelo Estado da suposta incapacidade econômico-financeira.

ONCOLOGIA - POLÍTICAS PÚBLICAS - PROCEDIMENTOS DE ATRIBUIÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - CACON's. 1. Consoante a forma de organização estabelecida pelo Ministério da SAÚDE, há um procedimento estabelecido para o atendimento dos pacientes na área de oncologia, onde há uma repartição de competências da seguinte maneira: Cabe ao Governo

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]

III - a dignidade da pessoa humana

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Federal o financiamento do tratamento do câncer; os estados e municípios estabelecem os fluxos e referências para o atendimento aos pacientes e cabe, por fim, ao hospital credenciado onde o paciente está em tratamento o fornecimento dos medicamentos para tratamento do portador de câncer. 2.O Poder Judiciário não pode ingerir nas políticas públicas, sob pena de inviabilizá-las. 3.Conforme a doutrina da RESERVA do POSSÍVEL, enquanto o Poder Público demonstrar que está dirigindo à SAÚDE o POSSÍVEL dentro das políticas públicas, respeitando com a RESERVA o princípio do MÍNIMO EXISTENCIAL, bem como atuando de forma progressiva pela extensão dessa RESERVA, não deve o Judiciário ingerir nessa organização, o que só é recomendável quando comprovadamente a RESERVA do POSSÍVEL não está sendo respeitada pelo Poder Público. Súmula: DERAM PROVIMENTO. (TJMG. 1ª CC. Número do processo: 1.0024.09.589685-8/001(1) Numeração Única: 5896858-51.2009.8.13.0024 Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE Data do Julgamento: 06/10/2009 Data da Publicação: 19/10/2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - REQUISITOS PRESENTES - PRINCÍPIO RESERVA DO POSSÍVEL - DECISÃO MANTIDA. Em que pesem as disposições da Lei n.º 8.080/90, a despeito da gestão regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde, sabe-se que se trata de competência concorrente, a que estão obrigados e vinculados a União, os Estados-membros e municípios, donde ressalta a responsabilidade constitucional solidária de cada um deles pelo fornecimento de medicação, ainda que especial ou de ALTO CUSTO. A cláusula de RESERVA do POSSÍVEL reclama prova objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, considerada a limitação material na realização dos direitos fundamentais, dentre os quais, o da saúde. Presentes os pressupostos que justificam a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, mantém-se a decisão que a concedeu. Súmula: NEGARAM PROVIMENTO. (TJMG. 5ª CC. 5ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Número do processo: 1.0024.07.406591-3/001(1) Numeração Única: 4065913-05.2007.8.13.0024 Relator: MAURO SOARES DE FREITAS Data do Julgamento: 06/12/2007 Data da Publicação: 19/12/2007).

Não se ouvida que ao Judiciário não é dado interferir nas definições orçamentárias de competência do poder executivo sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes, cláusula pétreia da Constituição Federal, art. 60 §4º, inciso III⁷.

Todavia, conforme restou demonstrado no presente trabalho, as normas definidoras dos Direitos sociais fundamentais têm aplicação imediata por interpretação sistemática da própria constituição vigente, bem como, em consonância com o que dispõe o supracitado Estado Constitucional de Direito.

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

Deste modo, malgrado realmente não ser da competência do Judiciário em abstrato, dar destinação diversa ao orçamento público no que tange às verbas destinadas à efetivação dos direitos sociais prestacionais de segunda geração, tal fato não obsta que o Poder Judiciário possa, quando acionado pelo jurisdicionado no caso concreto, impedir a ocorrência de abusos por parte dos demais poderes, sendo certo que, é o Poder judiciário o guardião da constituição, nos termos do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.⁸

Igualmente, considerando que é direito do povo que o Estado proporcione o mínimo necessário para uma existência digna, incluído, pois, *v. g.*, os direitos sociais ao acesso à saúde pública, remédios gratuitos, educação de qualidade, etc., nada obsta que o Judiciário seja acionado para efetivação destes direitos quando verificada a omissão do Estado, sendo, portanto a função do judiciário coibir abusos e omissões dos demais poderes com fulcro em dar máxima efetividade aos direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde em estudo, principalmente quando os argumentos da defesa judicial dos entes públicos acerca da escassez de recursos forem desprovidos de qualquer nexos com o caso concreto ou não demonstrarem objetivamente a dita “ofensa à ordem econômica”.

Não obstante, além disso, foi possível constatar através da análise da evolução da dotação orçamentária na função saúde para pagamento de condenações judiciais, realizada no presente trabalho no capítulo 2, que, no longo prazo, o reflexo orçamentário das condenações no setor saúde em face dos entes públicos, foi o aumento proporcional da verba no orçamento destinada a pagamento de condenações em pagamento de despesas na função saúde nos anos seguintes, bem como que, em que pesa os argumentos acerca de um “excesso de judicialidade”, há, em verdade uma tendência ao equilíbrio da dotação inicial e do valor pago, nos anos de 2010 e 2011, que pôde ser verificado no gráfico do item 2.6.

Disso decorre que o Poder Judiciário exerce, em longo prazo, de agente considerado na formação da lei orçamentária, impulsionando o orçamento público no sentido da efetivação do direito à saúde, o que acarreta, por consequência lógica, no aumento da eficiência nos gastos público, ou, ao menos, na diminuição de “sobras” de recursos públicos que possam propiciar a malversação de recursos, de modo que é possível atribuir ao Judiciário uma espécie de função coatora indireta em face aos demais poderes no sentido de que suas decisões podem, em longo prazo, coibir abusos dos demais poderes quanto à destinação e aplicação das verbas públicas no que tange ao direito fundamental à saúde.

⁸ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O Estado comporta-se, na administração dos seus recursos públicos, visando reduzir gastos para tornar mais eficiente a máquina estatal, sendo que, neste sentido é que são feitos os projetos orçamentários, ou seja, visando atender as necessidades da população com o menor custo possível.

Assim, pode-se dizer que o Judiciário tem ainda, importante papel na efetivação de direitos prestacionais, também no longo prazo, pois que, quando da prolação de suas decisões sobre o tema da efetivação de Direitos Sociais que, a negativa da efetivação desses direitos por uma suposta falta de orçamento termina por manter o sistema de desvio de verbas públicas, ao passo que, a atuação firme do judiciário na declaração sistemática dos direitos dos cidadãos que pleiteiam a efetivação de seus direitos fundamentais, terminará, por certo, com a reformulação também das contas públicas, tornando mais eficiente a máquina estatal, pois que dificultará a geração de “sobras” de dinheiro público para alocação em destinações ilícitas.

De modo que é possível atribuir ao Judiciário uma espécie de função coatora indireta em face aos demais poderes no sentido de que suas decisões podem, em longo prazo, coibir abusos dos demais poderes quanto à destinação e aplicação das verbas públicas no que tange ao direito fundamental à saúde.

Não pretende aqui sustentar que o Judiciário ignora o fato da existência no Brasil de malversação de recursos públicos, pois que, trata-se de fato público e notório, corrente diuturnamente nos noticiários nacionais, mas sim, demonstrar um reflexo positivo no orçamento público quando da razoável e fundamentada interferência do Poder Judiciário nos atos dos demais poderes, que terminam por impor, em longo prazo, aos demais poderes maior eficiência na alocação de seus recursos orçamentários, tendo em mente, desde já, que deve fazê-lo, sob pena de ter que remanejar verbas orçamentárias para cumprimento das decisões judiciais.

Neste sentido, sabendo-se que o orçamento público considera todas as despesas públicas, inclusive, as decorrentes do pagamento de condenações judiciais, cabe ao Judiciário a firme defesa dos direitos fundamentais do povo, em defesa do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, com aplicação racional e objetiva da teoria alemã da reserva do possível, a fim de que os demais poderes tenham de considerar no orçamento dos anos seguintes o valor gasto com condenações judiciais, a fim de adequar o orçamento às necessidade dos cidadãos, principalmente no que tange ao direito fundamental à saúde.

Por fim, ressalta que não pretende no presente trabalho defender uma facilidade na interpretação das normas legais para fins de efetivação dos direitos sociais na dialética infinita do mínimo existencial e a reserva do possível, tampouco que seria possível uma análise objetiva, destituída de qualquer valor pelos operadores do direito, conforme criticou Ronald Dworkin em sua obra (2001), o que seria por demais simplista.

Todavia o trabalho sinaliza uma postura racional que se espera do Juiz, sem prejuízo de suas convicções políticas, no sentido da busca incessante da promoção da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, fica claro é que a evolução do direito no sentido da possibilidade da judicialidade dos direitos fundamentais, que implica na possibilidade muitas das vezes da revisão judicial dos atos do poder legislativo, trouxe à discussão epistemológica do direito, teses em sentido contrário, ou seja, a de que a judicialidade também é problemática no sentido em que feriria o princípio da separação dos poderes carecendo de legitimidade democrática, no sentido em que não sendo o juiz eleito pelo povo, tal qual é o legislativo, e ainda, teses que procuram compatibilizar o “*judicial review*” com os fundamentos da democracia.

Assim, o que se pôde notar é que, analisando o direito, como reflexo de uma sociedade imperfeita tanto do ponto de vista moral como do ponto de vista intelectual, realmente não haverá Judiciário tão perfeito a ponto de legitimar sempre a intervenção deste em face dos atos do legislativo e executivo, tampouco, um Poder Legislativo democrático tão perfeito que sempre refletirá os interesses de toda a população em equilíbrio pleno da maioria e minorias, que torne totalmente desnecessária a intervenção do Judiciário nos atos do Poder Legislativo.

Deste modo, a discussão sobre a legitimidade ou não da interferência do judiciário nos demais poderes, não é senão uma análise epistemológica do direito que visa precipuamente o equilíbrio entre as duas correntes em busca da paz social, segurança jurídica, proteção dos direitos das minorias, legitimidade democrática, etc., já que ambas tem de lidar com o objeto do direito aplicado à realidade social cheia de imperfeições tanto técnicas, quanto morais.

Outrossim, que não se pode olvidar que a busca deste equilíbrio perfeito não é, nem de longe, matéria de competência exclusiva do direito, pois que este apenas reflete às necessidades da sociedade que por sua vez também se encontra em evolução.

Entendo que, no Brasil, há a necessidade de intervenção do judiciário nos atos do legislativo e executivo na proporção direta da verificação de sua ineficiência em virtude do descumprimento por estes órgãos do próprio dever de cumprir os preceitos fundamentais de moralidade, impessoalidade, ética, legalidade estrita, etc.

Neste diapasão, à medida que o Brasil, a política e os políticos evoluem intelectual e moralmente, bem como, à medida que o cidadão torna-se mais consciente de seu papel político na sociedade, menor a necessidade da intervenção do judiciário nos demais poderes, nada obstante o fato de que, é preciso observar que já no presente momento histórico em que vivemos, mesmo com a crise de representatividade política que nos encontramos, ainda há de se considerar que o judiciário deve intervir com parcimônia e razoabilidade e apenas quando realmente necessários e atentando-se à proteção do bem público e da segurança jurídica.

Além que, conclui-se que o reflexo no orçamento público é relevante, mas não é o único ponto a ser considerado quando da ponderação acerca da intervenção ou não do judiciário no executivo e legislativo, dada a comprovada ineficiência do gasto público no Brasil e o fato de que o aumento da intervenção do judiciário no setor saúde tem como reflexo o aumento da dotação orçamentária para a função no período seguinte, adequando a distorção, o que culmina, em longo prazo no aumento da verba destinada ao setor.

O que não significa que o aumento da verba destinada ao setor implica em aumento da qualidade do serviço público, que por sua vez não depende do órgão judiciário, senão de modo indireto, no sentido de o executivo aumentar a qualidade do serviço público de saúde a fim de evitar gastos com pagamento de condenações judiciais no setor.

O que fica claro é que a necessidade e possibilidade e grau de intervenção do judiciário nos demais poderes não pode ser definida de modo estanque, tampouco fora do contexto de cada caso, portanto não haverá uma resposta única acerca da legitimidade ou não desta intervenção do judiciário, pois que, deve ser analisada à luz do caso concreto e com vistas a proteger a democracia, na melhor acepção da palavra, a igualdade real, a segurança jurídica.

Apesar disso, é possível dizer que o Poder Judiciário exerce, em longo prazo, de agente considerado na formação da lei orçamentária, impulsionando o orçamento público no sentido da efetivação do direito à saúde, o que acarreta, por consequência lógica, no aumento da eficiência nos gastos públicos, ou, ao menos, na diminuição de “sobras” de recursos públicos que possam propiciar a malversação de recursos, de modo que é possível atribuir ao Judiciário uma espécie de função coatora indireta em face aos demais poderes no sentido de que suas decisões podem, em longo prazo, coibir abusos dos demais poderes quanto à destinação e aplicação das verbas públicas no que tange ao direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

ABI-RAMIA, Marcelo; BOUERI, Rogério. **Comparativo internacional para previdência social**. In: Souza Filho, Francisco de. (Org.). Boletim de desenvolvimento fiscal. N. 03. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. dez. 2006.

AFONSO, Antônio. **A eficiência do Estado**. In: Souza Filho, Francisco de. (Org.). Boletim de desenvolvimento fiscal. N. 03. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. dez. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alessandra Bagno F. R. de; Pires; TOLENTINO, Cristiano. **A ponderação proposta por Robert Alexy como forma de concretizar os direitos sociais: uma alternativa contra o simbolismo dos direitos frente à reserva do possível**. XXI Encontro Nacional do CONPEDI - Uberlândia: DATA: 06, 07, 08 e 09 de junho de 2012. ISBN: 978-85-7840-081-1. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6602294be910b1e3>. Acesso em: 18 de outubro de 2012.

ANANIAS, Patrus. **Orçamento Participativo – Por que o implantamos em Belo Horizonte?**. (in) AZEVEDO, Sérgio. FERNANDES, Rodrigo Barroso (Org.). Orçamento Participativo: Construindo a democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

ANJOS, Pedro Germano. **Controle jurisdicional do Orçamento: Planejamento Orçamentário e Diálogo Constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas**. Dissertação apresentada à Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito Público sob orientação do prof. Dr. Saulo José Casali Bahia. Universidade Federal da Bahia. 2010.

BACCELLI, Luca. **Derechos sin fundamento**. In: FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. ISSN 1518-8280– V.11, n. 15, p.13-38, novembro. Uberaba: UNIUBE, 2008.

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006, p. 563.

BOVERO, Michelangelo Bovero. Derechos fundamentales y democracia em la teoria de Ferrajoli. Un acuerdo global y uma discrepância concreta. In: FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. DECRETO N.678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. DOU de 9.11.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

_____. DECRETO N. 3.321, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. D.O.U. de 31.12.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm e http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 10 de dezembro de 2012.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Processo AgRg no REsp 1136549 / RS, AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0076691-2 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 08/06/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 21/06/2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.. Brasília, DF, Processo REsp 1185474 / SC RECURSO ESPECIAL 2010/0048628-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 20/04/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 29/04/2010 RSTJ vol. 219 p. 225.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 2925 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 19/12/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJ 04-03-2005 PP-00010. EMENT VOL-02182-01 PP-00112. LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 52-96

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 101 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 24/06/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012. EMENT VOL-02654-01 PP-00001

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

_____. **Supremo Tribunal Federal.** AI 553712 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO AGRADO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI Julgamento: 19/05/2009. Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação/Fonte: DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT OL-02363-09 PP-01777 RT v. 98, n. 887, 2009, p. 164-167

_____. **Supremo Tribunal Federal.** AI 734487 AgR / PR – PARANÁ. AG.REG. NO AGRADO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 03/08/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação/Fonte :DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010. EMENT VOL-02411-06 PP-01220. RT v. 99, n. 902, 2010, p. 158-162.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ARE 639337 AgR / SP - SÃO PAULO. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação/Fonte: DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011. EMENT VOL-02587-01 PP-00125.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ARE 650359 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 07/02/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação/Fonte: DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. MI 1083 / DF - DISTRITO FEDERAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 02/08/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010. EMENT VOL-02413-01 PP-00157. RT v. 99, n. 902, 2010, p. 116-121

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 407902 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 26/05/2009. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação/Fonte: DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009. EMENT VOL-02371-04 PP-00816. RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-411

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 534908 AgR / PE – PERNAMBUCO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 11/12/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação/Fonte: DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-07 PP-01408 LEXSTF v. 30, n. 353, 2008, p. 267-272.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 607381 AgR / SC - SANTA CATARINA. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 31/05/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação/Fonte: DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011. EMENT VOL-02546-01 PP-00209. RTJ VOL-00218- PP-00589.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. SL 47 AgR / PE – PERNAMBUCO. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00001.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STA 175 AgR / CE – CEARÁ. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente). Julgamento: 17/03/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação/Fonte: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010. EMENT VOL-02399-01 PP-00070

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STA 328 AgR / PR – PARANÁ. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente). Julgamento: 24/06/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. STA 361 AgR / BA – BAHIA. AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (Presidente). Julgamento: 23/06/2010. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação/Fonte: DJe-149 DIVULG 12-08-2010 PUBLIC 13-08-2010. EMENT VOL-02410-01 PP-00017.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: Poder Normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Dogmática de direitos fundamentais e direito privado**. In: COSTA Maurício Mesurini Da; CADEMARTORI, Sérgio Urquhart (Orientador). *Controle judicial de políticas públicas: procedimento, justificação e responsabilidade*. Universidade Federal De Santa Catarina. Centro De Ciências Jurídicas. Curso De Pós-Graduação Em Direito. Dissertação de Mestrado. Florianópolis / SC. 2008.

COUTO, Luciana Torres da Silveira Graça. **O Orçamento Público e a Avaliação da Eficiência do Gasto Público no Brasil**. Dissertação apresentada ao Departamento de Economia da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do grau de Mestre em Economia do Setor Público. Orientador: Prof. José Carlos de Oliveira. Universidade de Brasília. 2009.

CUNHA, Marco Túlio Ribeiro. **A função coatora indireta do judiciário e a efetividade dos direitos sociais no brasil**. COMMUNITAS – Revista de Direito | v. 1, n. 2 | jul./dez. | 2010 – ISSN 2179-5231. Disponível em: <http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/communitas/article/view/245/206>. Acesso em: 01/10/2012.

DIMOULIS, Dimitri. **Sentidos, vantagens cognitivas e problemas teóricos do formalismo jurídico**. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina H. C. (Orgs.). *Direito e interpretação: racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 213-242.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Definição e características dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução à Ciência do Direito: Introdução à Teoria Geral do Direito, à Filosofia do Direito, à Sociologia Jurídica e à Lógica Jurídica. Norma Jurídica e aplicação do Direito**. 20 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, R. **Deben nuestros jueces ser filósofos? Pueden ser filósofos?** *Estudios de Derecho*, Colombia, v. LXIV, n. 144, 2007.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O império do Direito**. Tradução de J. L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas**. Tradução de Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 40-63.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón: **Teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.

_____. Derechos y garantías. **La ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

_____. **Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales**. Universidad de Camerino (Italia). DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 15-31

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 4 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FLORES, Giesele Maria Dal Zot. Mínimo existencial – uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais. Revista Justiça do Direito v. 21, n. 1, 2007, p. 74-83.

FREITAS, Flávio Avellar Silva. **A concretização judicial dos direitos sociais: óbices e possibilidades**. XXI Encontro Nacional do CONPEDI - Uberlândia: data: 06, 07, 08 e 09 de junho de 2012. ISBN: 978-85-7840-081-1. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b1a59b315fc9a300>. Acesso em: 18 de outubro de 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 15 ed. Amp. Rev. e Atual. São Paulo: Atlas, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

GUIMARÃES, Renata Catacci. **Controle judicial das políticas públicas e a atuação do Ministério Público na efetivação dos direitos fundamentais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:

05 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29191>>. Acesso em: 04 out. 2012.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LIMA, Silvio Wanderley do Nascimento. **Breves comentários sobre o pragmatismo jurídico e o processo decisório judicial no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3218, 23 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21595>>. Acesso em: 19 maio 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOPES JÚNIOR, Francisco Fontes; PORTELA, Gualter Ramalho (Orientador). **Sentenças judiciais emitidas contra a união, autarquias e fundações públicas federais: da conveniência em se limitar os recursos orçamentários destinados ao pagamento das consideradas de pequeno valor**. Monografia apresentada em cumprimento às exigências para obtenção do título de especialista latu sensu em Orçamento Público, do Instituto Serzedello Corrêa – ISC. Brasília-DF. Julho/2007.

MACHADO, Igor Suzano. **Dworkin e os Desafios Contemporâneos à epistemologia do Direito**. Revista de Direitos e Grantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 147-167, jul./dez. 2008.

MANSUR, Marília Coser. **O financiamento federal da saúde no Brasil: tendências da década de 1990**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001. 116 p.

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas: A política Orçamentária no Brasil**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. 2006.

MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. **Há direitos acima dos orçamentos?**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Proteção Judicial efetiva dos direitos fundamentais**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Marcos. **Ineficiência dos gastos públicos no Brasil**. In: Souza Filho, Francisco de. (Org.). Boletim de desenvolvimento fiscal. N. 03. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. dez. 2006.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte - MG. 1ª CC. Número do processo: 1.0024.09.589685-8/001(1) Numeração Única: 5896858-51.2009.8.13.0024 Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE Data do Julgamento: 06/10/2009 Data da Publicação: 19/10/2009. http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&dataFinal=16%2F10%2F2010&resultPagina=Pesquisar. Acesso em: 06 outubro 2010

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte - MG. 5ª CÂMARA CÍVEL. Número do processo: 1.0024.07.406591-3/001(1) Numeração Única: 4065913-05.2007.8.13.0024 Relator: MAURO SOARES DE FREITAS Data do Julgamento: 06/12/2007 Data da Publicação: 19/12/2007). Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=65305&pesquisar=Pesquisar. Acesso em: 06 outubro 2010

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Belo Horizonte - MG. 8ª CC. Número do processo: 1.0521.07.060291-2/001(1) Numeração Única: 0602912-29.2007.8.13.0521 Relator: VIEIRA DE BRITO Data do Julgamento: 01/07/2010 Data da Publicação: 31/08/2010). Disponível em: http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=521&ano=7&txt_processo=60291&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=vagas%20creche&todas=&expressao=&qualquer=&sem=&radical=%20%20%20%20. Acesso em: 06 outubro 2010

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Processo: Ap Cível/Reex Necessário 1.0701.07.201924-6/002 2019246-98.2007.8.13.0701 (1) Relator(a) Des.(a) Roney Oliveira Órgão Julgador / Câmara Câmaras Cíveis Isoladas / 2ª CÂMARA CÍVEL. Comarca de Origem: Uberaba. Data de Julgamento: 05/10/2010. Data da publicação da súmula: 29/10/2010. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2019246-98.2007.8.13.0701&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 08/10/2012.

MIRANDA, Rogério Boueri. **Uma avaliação de eficiência dos municípios brasileiros na provisão de serviços públicos usando “Data Envelopment Analysis”**. In: Souza Filho, Francisco de. (Org.). Boletim de desenvolvimento fiscal. N. 03. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. dez. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang

(Coord.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho.** São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

MORAIS, Dalton Santos. **Democracia e direitos fundamentais. Propostas para uma jurisdição constitucional democrática.** Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21755>>. Acesso em: 25 out. 2012.

MORESO, José Juan. **Comanducci sobre neoconstitucionalismo.** Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) 2010-12-14. Disponível em: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/moreso-comanducci-sobre.pdf. Acesso em: 26 de novembro de 2011.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito.** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”.** 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PINTORE, Anna. **Derechos Insaciables.** In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

POSNER, Richard. **Para além do Direito.** Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

QUEIROZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. **A Reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais.** R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 47-66, jan. / jun. 2009.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Publicação/Fonte: DJ 04/05/2004 PP-00012. RTJ VOL-00200-01 PP-00191.

RIBEIRO, Márcio Bruno; RODRIGUES JÚNIOR, Waldery. **Eficiência do gasto público na América Latina.** In: Souza Filho, Francisco de. (Org.). **Boletim de desenvolvimento fiscal.** N. 03. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. dez. 2006.

SAMPAIO. José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. (Org). **Constituição, direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009b.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”*. 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Minimalismo, democracia e expertise: O Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. RDE: Revista de Direito do Estado. Ano 3. nº 12: 107-142. Out/dez, 2008.

_____. **Hermenêutica institucional, supremacia judicial e democracia**. Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, sob orientação do professor Dr. Ricardo Lobo Torres, ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ – RJ, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Sayonara Grillo Continho Leonardo da. **Direitos fundamentais e liberdade sindical no sistema de garantias: um diálogo com Luigi Ferrajoli**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. (303-323).

SILVA, Virgílio Afonso da Silva. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. E SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

STRUCHINER, Noel. Posturas interpretativas e modelagem institucional: a dignidade (contingente) do formalismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. São Paulo: Lumen Juris, 2009, p. 463-482.

SUNSTEIN, Cass. **Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional**. Traduzido por Letícia Borges Thomas. Revisado por André Pedreira Ibañez. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. (Orgs.). Barueri: Manole, 2009.

_____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia**. In: SARLET, Ingo Wolfgang;

_____ (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 103;

VAZ, Anderson Rosa. **Introdução ao Direito**. 1. ed. 3. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review**. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2010, p. 93-158.