

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

MARIA CAROLINA BELTRÃO SAMPAIO MATIOLI

**PLANEJAMENTO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:  
UMA ALTERNATIVA À ATUAÇÃO JUDICIAL PARA  
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

POUSO ALEGRE - MG  
2018

MARIA CAROLINA BELTRÃO SAMPAIO MATIOLI

**PLANEJAMENTO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:  
UMA ALTERNATIVA À ATUAÇÃO JUDICIAL PARA  
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Constitucionalismo e Democracia ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* Da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Professor Dr. Elias Kallás Filho



# **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por mais esse aprendizado e experiência.

Ao meu amado esposo, pela inspiração, amor, cumplicidade e força durante o curso.

Ao Prof. Dr. Elias Kallás Filho, por acreditar no meu projeto.

Aos familiares, amigos e colegas, pelo apoio - direto ou indireto - nesta grata empreitada acadêmica.

## RESUMO

Matioli, Maria Carolina Beltrão Sampaio. **Planejamento e Diálogos Institucionais: Uma alternativa à atuação judicial para a efetivação do direito à saúde no Brasil.** 2018. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2018.

Este trabalho foi desenvolvido no âmbito da linha de pesquisa “efetivação dos direitos fundamentais sociais” do Programa de Pós- Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas/FDSM e tem por objetivo analisar como políticas públicas eficazes podem funcionar como instrumento de redução do ativismo judicial e da judicialização excessiva na efetivação do direito a saúde, permitindo um diálogo paritário entre os poderes instituídos. O direito à saúde como um direito fundamental social exige a atuação do poder executivo e legislativo para a sua concretização. Ocorre que referidos poderes não vem desempenhando regularmente suas atribuições, criando políticas públicas deficientes, ensejando a atuação recorrente do poder judiciário para a concretização desse direito constitucionalmente previsto, o que reflete no crescimento da judicialização e do ativismo. Nesse contexto, o presente trabalho analisa como a criação e implementação de políticas públicas efetivas voltadas à consecução do direito fundamental à saúde pode se constituir em limite à intervenção do poder judiciário. O trabalho aborda o ativismo e a judicialização, propondo uma diferenciação entre os institutos, demonstrando a atuação que ambos detêm quanto à implementação de direitos constitucionais e os reflexos ocasionados à separação dos poderes e ao sistema democrático. Analisando o conceito, eficácia e fundamentalidade do direito à saúde em uma perspectiva doutrinária e jurisprudencial, demonstrando sua natureza de direito fundamental social, que reclama uma atuação positiva do poder público. Para ao final analisar o planejamento, o orçamento, as políticas públicas e os diálogos institucionais como instrumentos para a criação de políticas públicas eficazes e, também, como fatores que possam levar à redução da intervenção judicial. Cabe ao poder executivo e legislativo retomar seu espaço através do planejamento e de políticas públicas eficazes permitindo a diminuição da atuação judicial, equalizando os poderes e viabilizando um diálogo paritário entre eles, contribuindo para a efetivação do direito à saúde. A metodologia adotada será a analítica com o estudo da doutrina, da legislação e da jurisprudência pertinentes ao tema.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Planejamento. Diálogos Institucionais. Direito à Saúde.

# ABSTRACT

Matioli, Maria Carolina Beltrão Sampaio. **Planning and Institutional Dialogues: An alternative to judicial action for the realization of the right to health in Brazil.** 2018. 121f. Dissertation (Master in Law) - Faculty of Law of the South of Minas Gerais. Graduate Program in Law, Pouso Alegre, Minas Gerais, 2018.

This work was developed within the scope of the research line "Effectiveness of fundamental social rights" of the Graduate Program in Law of the Faculty of Law of the South of Minas / FDSM and aims to analyze how effective public policies can function as a reduction instrument judicial activism and excessive judicialization in the realization of the right to health, allowing a joint dialogue between the powers established. The right to health as a fundamental social right requires the executive and legislative power to act in order to achieve it. It occurs that these powers are not regularly carrying out their attributions, creating deficient public policies, leading to the recurrent action of the judiciary to achieve this constitutionally foreseen right, which reflects in the growth of judicialization and activism. In this context, the present study analyzes how the creation and implementation of effective public policies aimed at the achievement of the fundamental right to health can constitute a limit to the intervention of the judiciary. The work deals with activism and judicialization, proposing a differentiation between the institutes, demonstrating their role in the implementation of constitutional rights and the reflexes caused by the separation of powers and the democratic system. Analyzing the concept, efficacy and fundamentality of the right to health in a doctrinal and jurisprudential perspective, demonstrating its nature as a fundamental social right, which demands a positive performance of public power. Finally, it analyzes planning, budgeting, public policies and institutional dialogues as instruments for the creation of effective public policies and also as factors that may lead to a reduction in judicial intervention. It is up to the executive and legislative power to retake their space through effective planning and public policies, allowing for a reduction in judicial activity, equalizing powers and enabling a joint dialogue between them, contributing to the realization of the right to health. The methodology adopted will be analytical with the study of doctrine, legislation and jurisprudence pertinent to the theme.

**Keywords:** Judicial Activism. Planning. Institutional Dialogues. Right to health.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS.....</b>	<b>12</b>
1.1 As causas do ativismo judicial e do protagonismo do poder judiciário nas demandas sociais .....	13
1.2 Diferenciação entre a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial .....	21
1.3 Possíveis Prejuízos do Ativismo Judicial ao Estado Democrático de Direito.....	32
<b>2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM PERSPECTIVA CONCEITUAL E DE EFICÁCIA.....</b>	<b>41</b>
2.1 Conteúdo e fundamentalidade do direito à saúde .....	41
2.2 Eficácia do direito à saúde.....	48
2.3 Teoria dos custos, reserva do possível e mínimo existencial .....	58
2.4 Evolução jurisprudencial acerca do direito à saúde; .....	67
<b>3 ASPECTOS CONCERNENTES AO PLANEJAMENTO PÚBLICO, ORÇAMENTO E A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE .....</b>	<b>81</b>
3.1 Planejamento Público para efetivação do direito à saúde.....	81
3.2 Orçamento como instrumento do planejamento público.....	92
3.3 Diálogos Institucionais e Políticas Públicas .....	100
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>111</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

A temática referente à implementação de políticas públicas ganha corpo no âmbito do direito brasileiro pela necessidade de realização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988. A redemocratização do país, após um longo período de regime militar, ensejou a necessidade de elevação do patamar civilizatório brasileiro, o que exigiu uma mudança de perspectiva, principalmente quanto aos direitos sociais. Nesse cenário, os governos detinham o desafio de adotar novas formas e arranjos que viabilizassem o desenvolvimento.

O sistema democrático exigia, por parte do poder público, a realização de investimentos que trouxessem desenvolvimento e, por consequência, a concretização dos direitos sociais positivados. Ocorre que, essa tarefa implicaria em uma mudança de paradigma, exigindo-se uma vontade política por parte do administrador público em implementar as mudanças necessárias, as quais teriam reflexo não só no âmbito administrativo, como também no social e político.

Fazia-se necessário ter uma nova visão acerca dos direitos sociais agora criados, bem como dos diversos arranjos necessários para a devida implementação. A reconstrução do Estado brasileiro necessitava da criação de infraestrutura e de gastos para a realização dos direitos ora instituídos. O povo brasileiro, através da centralidade promovida pela Carta Magna, adquiriu diversos direitos que necessitavam de implementação por meio de atividades planejadas de fomento e incentivo, a serem realizadas pelo poder executivo.

Para se elevar ao patamar de país desenvolvido, o Brasil exigia uma política social entrelaçada com práticas jurídicas efetivas e progressivamente institucionalizadas. Dessa forma, almejava-se um governo coeso, com possibilidade de articular ações que viabilizassem a modificação das estruturas anteriormente vigentes, que reproduziam um descompasso com a realidade, gerando desigualdade. Em tal intento, cabe ao governo realizar a alocação de recursos públicos para dirigir e executar a administração pública<sup>1</sup>.

Entre os direitos sociais constitucionalmente previstos está o direito à saúde, um direito fundamental social que, da mesma maneira, exige políticas sociais e econômicas para sua efetiva implementação. No entanto, embora os poderes executivo e legislativo detenham a atribuição de criar políticas públicas que visem ao cumprimento dos direitos constitucionais, o

---

<sup>1</sup> Conforme Maria Paula Dallari Bucci em *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*, Editora Saraiva, São Paulo, Ano 2013, p. 25-37, passim.

que se vê atualmente é uma atuação crescente do poder judiciário no sentido de garantir o gozo de direitos fundamentais.

O poder judiciário, por meio de ações individuais e coletivas, vem interferindo em políticas públicas já instituídas referentes ao direito sanitário, justamente para concretizar direitos constitucionalmente previstos, mas que não estão obtendo a devida implementação, em decorrência da inércia dos poderes legislativo e executivo. O poder judiciário, provocado a atuar, adentra as competências e atribuições dos demais poderes, com o intuito de resguardar o direito à saúde, e conseqüentemente, o direito à vida.

Ocorre que a atuação recorrente e invasiva do poder judiciário acarreta no crescimento do ativismo judicial e da judicialização excessiva da política, comprometendo a divisão de competências estabelecida pela Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, pondo em risco a separação dos poderes e o sistema democrático.

Um tema de bastante relevância considerando-se o uso significativo de recursos de natureza pública e ainda a carência de assistência que diversos brasileiros têm quanto ao acesso a determinados serviços públicos, especialmente no que tange à saúde. O poder judiciário atua no intuito de melhor resguardar esses direitos, mas sem uma previsão de quando os problemas relacionados à deficiência das políticas públicas serão solucionados.

A saúde é um tema bastante sensível por encontrar-se diretamente relacionado à vida. Por esta razão, existe uma grande divergência quanto aos limites de sua proteção e resguardo. Os poderes executivo e legislativo, como órgãos democraticamente eleitos pela população brasileira, são os poderes que detém a atribuição de criar e estabelecer as políticas públicas que serão adotadas para a efetivação do direito à saúde, em consonância com os postulados constitucionais vigentes. No entanto, como dito, é possível observar uma atuação cada vez mais recorrente do judiciário nesse sentido, em decorrência da omissão dos outros poderes ou da implementação deficiente das políticas públicas.

Em outras palavras, o judiciário, embora não constitua um órgão democraticamente eleito e não detenha legitimidade democrática para criar e estabelecer políticas públicas, vem atuando para resguardar direitos que não recebem a devida atenção e implementação pelo poder executivo e legislativo, comprometendo com isso a separação dos poderes, princípio base de uma sociedade democrática.

Em estudo realizado pela Secretaria de Estado da Saúde do Estado de Minas Gerais quanto à judicialização da saúde, constatou-se o crescente aumento das ações referentes à saúde pública: Em 2014 havia 12.760 (doze mil setecentos e sessenta) ações; em 2015, 15.383 (quinze mil trezentos e oitenta e três); e em 2016, 16.978 (dezesesseis mil novecentos e setenta e oito), no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais<sup>2</sup>. E essa demanda não tem se estabilizado, tornando-se cada vez mais recorrente.

Justamente por se tratar de um assunto que abarca temas sensíveis à população brasileira - referente ao direito à vida e ao gasto de recursos públicos - faz-se necessário analisar a importância de políticas públicas efetivas como fatores de redução da judicialização da saúde, a fim de que os poderes ocupem o real espaço que lhes pertence, sem se falar em invasão de competências e ofensa à separação dos poderes.

O tema da judicialização da política é bastante controvertido e exigirá da sociedade brasileira um certo amadurecimento, estabelecendo um diálogo junto ao poder executivo e legislativo para criação de políticas públicas que venham realmente a concretizar os direitos constitucionais expressamente previstos, pois só com planejamento e implementação das necessidades sociais o judiciário não será mais chamado a intervir, reduzindo seu âmbito de atuação<sup>3</sup>.

Os direitos fundamentais no âmbito jurídico brasileiro assumiram um papel de “seguro” contra as intempéries do mundo contemporâneo, tendo a população adquirido mais consciência quanto aos seus direitos exigindo uma atuação mais proativa por parte do poder público. A história do Brasil foi permeada por períodos de crise, guerras e regimes ditatoriais que exigiram quando da edição do texto constitucional a necessidade de previsão expressa de vários direitos, como uma forma de salvaguarda de tudo o que se tinha conquistado. Direitos esses que exigem a criação de políticas públicas pelo executivo e recursos para o seu respectivo custeio<sup>4</sup>.

O Estado Brasileiro com a criação da Constituição Federal de 1988 assumiu atribuições e responsabilidades que antes não repousavam sobre si, o que exige planejamento e gestão no sentido de implementar as políticas públicas referentes a esses direitos, entre os quais está a saúde, viabilizando o seu gozo de forma igualitária e universal como expressamente previsto. O poder legislativo e executivo devem acompanhar as necessidades da população, pois se assim

---

<sup>2</sup> Disponível em: [www.saude.mg.gov.br/judicializacao](http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao). Acesso em: 14.06.2018.

<sup>3</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-37.

<sup>4</sup> Ibidem.

não o fizerem ensejarão a atuação do poder judiciário. Enquanto não houver o atendimento às necessidades prementes e básicas da população o judiciário será chamado a intervir e assim o fará.

Temos que considerar que a judicialização desempenha papel fundamental no sentido de viabilizar o atendimento das necessidades sociais que encontram amparo no texto constitucional, detendo relação direta com a postura do poder judiciário em viabilizar a concretização de direitos, principalmente relacionados à saúde, gerando implicações no âmbito da separação dos poderes e do sistema democrático de direito.

O objetivo deste trabalho é analisar se políticas públicas efetivas, estabelecidas através do diálogo institucional formado pelos poderes constituídos, podem figurar como um instrumento de redução da judicialização da política, levando-se em conta que o poder público vem desempenhando de forma deficiente as suas atribuições, comprometendo com isso a concretização do projeto constitucional.

A análise da fundamentalidade do direito à saúde e do planejamento permitirá uma compreensão de como as políticas públicas efetivas constituem instrumento de concretização dos direitos constitucionais, permitindo a redução da interferência do poder judiciário em competência que sobre si não recai, mas que atualmente vem sendo chamado a intervir por deficiência dos demais poderes. Sem deixar de demonstrar a importância dos diálogos institucionais como espaços de debate entre a população e os poderes constituídos, elegendo-se prioridades e resguardando os direitos fundamentais sociais.

Para serem atingidos esses resultados, a pesquisa fará uma abordagem bibliográfica, mediante uma metodologia analítica, utilizando-se do pensamento de diversos autores que tratam da matéria objeto do presente estudo. Dessa forma, no primeiro capítulo deste trabalho será analisado, a partir da conceituação de judicialização e de ativismo judicial, o papel de protagonista assumido pelo poder judiciário como implementador de políticas sociais e as implicações que a atuação recorrente do poder judiciário no âmbito das políticas públicas estabelecidas pelo poder público pode gerar para o estado democrático de direito.

O segundo capítulo estará centrado em compreender o direito à saúde, como um direito de índole constitucional e de natureza fundamental relacionado diretamente ao fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja: dignidade da pessoa humana. Esta análise englobará a natureza dos direitos sociais, a eficácia das normas que o preveem, a sua evolução

jurisprudencial nos tribunais superiores brasileiros, os custos desse direito, a geração nos quais ele encontra-se previsto e os postulados da reserva do possível e do mínimo existencial.

Por fim, a análise do terceiro capítulo se centrará no planejamento, orçamento e nos diálogos institucionais na tentativa de demonstrar que através desses instrumentos o poder público poderá vir a criar políticas públicas realmente eficazes, que se comprometam com a implementação dos direitos sociais relacionados à saúde, viabilizando assim a redução da judicialização excessiva e conseqüentemente da interferência do poder judiciário em atribuições que recaem sobre o poder legislativo e executivo, resguardando a democracia e a separação dos poderes.

## 1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DAS DEMANDAS SOCIAIS

O ativismo judicial e a judicialização das demandas sociais são temas que hoje despertam muita curiosidade e detém bastante relevância em se considerando a concretização dos direitos sociais previstos expressamente no arcabouço constitucional. Dos diversos julgados editados pelo Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça de todo o país observa-se a crescente adoção da judicialização e do ativismo judicial como uma forma de tutelar e assegurar o exercício regular de direitos.

Justamente por ser um tema de relevância e importância no cenário jurídico brasileiro, faz-se necessário um estudo acerca das causas que ensejaram, no direito pátrio, a atuação recorrente do poder judiciário em demandas que visem à concretização de direitos constitucionais relacionados ao direito sanitário. Em conjunto com o estudo das causas que ensejaram o ativismo, que também se mostra um fenômeno recente e decorrente da judicialização, sem contudo deter as mesmas características.

Após a abordagem das causas que ensejaram a judicialização e o ativismo procurar-se-á realizar a conceituação e diferenciação entre ambos os institutos através dos ensinamentos de Lênio Luiz Streck, demonstrando que, embora possam advir de uma mesmo fato, possuem consequências, no âmbito do direito, completamente distintas. Afinal, a judicialização detém um caráter contingencial, temporário, necessário apenas até que políticas públicas<sup>5</sup> sejam devidamente implementadas, enquanto o ativismo judicial, por sua vez, já é visto como uma interferência do poder judiciário nas atribuições dos poderes constituídos.

Realizada a diferenciação entre os institutos se fará uma análise quanto aos prejuízos que o ativismo judicial pode causar ao Estado Democrático de Direito, relacionados diretamente às atribuições de cada poder, à igualdade entre os cidadãos, à discricionariedade judicial, à contaminação judicial por aspectos políticos e até mesmo ao que entendemos por democracia.

---

<sup>5</sup> A Política Pública aqui será entendida de acordo com o conceito elaborada por Maria Paula Dallari Bucci quando assim discorre: “Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial- visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades provadas, para a realização de objetivos definidos, expressado a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo que espera o atingimento dos resultados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Referido estudo faz-se necessário justamente para viabilizar o aprofundamento da matéria em relação aos direitos da saúde, que é hoje o cerne de grandes demandas judiciais.

### 1. 1 As causas do ativismo judicial e do protagonismo do poder judiciário nas demandas sociais

Com a redemocratização do país e a conseqüente edição da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup> foram previstos diversos direitos no arcabouço constitucional<sup>7</sup>. Direitos Sociais como a Saúde e a Educação detiveram ampla previsão, o que exigia movimentos para sua implementação. Ademais, houve uma expansão da atuação do poder judiciário como um instrumento assecuratório dos postulados vigentes, fortalecido com a criação dos tribunais constitucionais e o aumento da consciência da população quanto aos seus direitos<sup>8</sup>. A Constituição Federal de 1988 com seu perfil analítico<sup>9</sup> e dirigente<sup>10</sup> detém diversos dispositivos que tratam diretamente e de forma ampla dos direitos fundamentais, nos quais se incluem a saúde, e prevê que eles são dotados de eficácia direta e imediata. A Dignidade da Pessoa Humana como postulado fundante da Constituição de 1988 também contribui diretamente na implementação dos referidos direitos, afinal não há como se ter dignidade sem a vida<sup>11</sup>.

A população, nesse contexto, adquire consciência quanto aos seus direitos constitucionais e exige a devida implementação pela via do acesso à justiça, batendo às portas

---

<sup>6</sup> Acerca da conceituação da Constituição Federal de 1988 Eros Roberto Grau critica referida terminologia por entender que quando se faz referência a Constituição do ano de 1988 esta, não guarda correspondência a atualmente vigente, pois como norma jurídica fundamental sofre as devidas adequações, interpretações e concretizações com o decorrer do tempo, dessa forma não pode-se falar que a Constituição editada em 1988 hoje permanece a mesma, defendendo então que a mesma dever ser chamada Constituição do Brasil. Nesse sentido assim discorre: “A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em dado momento histórico e, como ela é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Assim, porque quem escreveu texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada”. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 166. Embora haja crítica acerca da terminologia adotada no presente trabalho se adotará a conceituação Constituição Federal de 1988, como uma forma de facilitar a compreensão da matéria.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 23.10.2017, p. 02.

<sup>8</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.38-49.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 23.10.2017, p. 02.

<sup>10</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.41-42.

<sup>11</sup> Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 25.10.2017.

do poder judiciário, que detém, uma vez instado a se manifestar, ampla atribuição com relação à implementação dos direitos ora tutelados<sup>12</sup>. O que se observa, portanto, é que com a redemocratização do país, a Constituição Federal de 1988 instituiu diversos direitos aos quais foram dados eficácia direta e imediata, sem qualquer necessidade de integração legislativa, o levando a população ao socorro do poder judiciário para sua devida implementação/concretização<sup>13</sup>.

Alice Gonzalez Borges em seu artigo “Reflexões sobre a Judicialização de Políticas Públicas”, corroborando o acima exposto, discorre que:

Entre nós, aponta a *redemocratização do País* operado pela Carta de 1988, levando ao fortalecimento e expansão do poder Judiciário e aumentando a demanda da sociedade brasileira por justiça; a *constitucionalização abrangente* de nosso ordenamento, que trouxe para âmbito constitucional inúmeras matérias antes deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; os sistema de controle de constitucionalidade, que os situa entre “os mais abrangentes do mundo”, absorvendo as experiências dos modelos americanos e europeu<sup>14</sup>.

O poder judiciário começa a figurar como um garantidor dos direitos fundamentais,<sup>15</sup> tutelando, a partir das ações judiciais existentes, os direitos ora postulados. Enquanto, os

<sup>12</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.48-49.

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 23.10.2017, p. 02.

<sup>14</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.25, p.9-44, abr/jun, 2009, p.10.

<sup>15</sup> Demonstrando a relevância que o tema apresenta no cenário jurídico brasileiro a lei nº 13.665 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro criou três artigos no quais dispõe que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

Prevendo que o poder judiciário quando da interpretação das normas sobre gestão pública deve considerar os obstáculos e as dificuldades reais que o gestor tem quando da implementação das políticas públicas, sem prejuízo na concretização dos direitos. Evitando com isso a imposição de ações ao gestor que se mostrem inviáveis. Além de assegurar que em caso de mudança de interpretação ou orientação criando um novo dever ou condicionamento ao direito deterá um período de transição permitindo que a administração gradativamente se adapte as novas regras.

poderes legislativo e executivo se tornam cada vez mais desprestigiados e relegados na implementação e resguardo dos direitos constitucionais vigentes<sup>16</sup>. Há uma mudança no papel político do Estado em decorrência da transição do modelo liberal para o social, no qual foram criados diversos e novos direitos, que necessitam de implementação através das políticas públicas<sup>17</sup>. O Estado através do poder executivo e legislativo devem se tornar mais presentes no sentido de implementar e viabilizar as políticas públicas necessárias à concretização dos direitos constitucionais previstos<sup>18</sup>.

No entanto, o que vemos atualmente é o crescimento cada vez maior de obrigações assumidas pelo Estado através da Constituição de 1988, sem a necessária correspondência quanto à implementação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente previstos<sup>19</sup>.

A inércia por parte dos poderes constituídos - legislativo e executivo - ensejam descrédito por parte da população que, conseqüentemente, abarrotam<sup>20</sup> as portas do poder judiciário almejando justamente a concretização dos direitos fundamentais previstos<sup>21</sup>. Inação esta que conforme assevera Vanice Regina Líria do Valle pode estar associada, quando se fala em poder legislativo, ao completo desconhecimento de que a matéria deve ser regulamentada ou inação pela escolha pública menos onerosa. E com relação ao poder executivo a deficiência da estrutura operacional, ausência de articulação com agentes colaboradores ou falta de vontade política<sup>22</sup>.

---

FREITAS, Vladimir Passos. *Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito Brasileiro*. Abril/2018. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 18.06.2018. No mesmo sentido Clenio Jair Schulze ainda discorre acerca da previsão de que o Juiz quando proferir a decisão não poderá se basear em critérios puramente abstratos, mas analisar também as circunstâncias fáticas e as conseqüências práticas de suas decisões. SCHULZE, Clenio Jair. *LINDB e a Nova Judicialização da Saúde*. Maio/2018. Disponível em: [www.emporiiododireito.com.br](http://www.emporiiododireito.com.br). Acesso em: 18.06.2018.

<sup>16</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.50.

<sup>17</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.75.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p.92.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p.89.

<sup>20</sup> Entre o ano de 2000 e 2008 foi observado no Estado de Minas Gerais uma aumento de 94% das ações referentes ao direito sanitário no decorrer de cada ano, em se comparando o aumento de um ano para outro esse percentual é superior a 70%, o que demonstra a crescente judicialização de demandas no âmbito do direito sanitário. ALVES, Tanlin Cristina Bernardo; ALVES, Lucélia de Sena. *A Judicialização da Saúde no Estado de Minas Gerais: uma análise sob os aspectos jurídicos-econômicos*. Revista Pensar Direito, Belo Horizonte, v.7, n.2, Jan/2016, p.07-09. Disponível em: < [http://revistapensar.com.br/direito/pasta\\_upload/artigos/a248.pdf](http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a248.pdf)>. Acesso em: 25.10.2017.

<sup>21</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.50.

<sup>22</sup> VALLE, Vanice Regina Líria do. *Políticas Públicas, direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110-111.

Corroborando tais argumentos André Luís Vieira e Tiago Alves Barbosa Rodrigues discorrem que:

A incapacidade dos poderes, executivo e Legislativo, de apresentarem repostas efetivas e em tempo razoável aos reclames sociais potencializa a tendência crescente do ativismo judicial, especialmente àquelas voltadas à prestação estatal de serviços públicos essenciais tendo em vista serem estes os mais relevantes no contexto social<sup>23</sup>.

Constata-se que a inércia do poder legislativo e executivo compromete a devida implementação dos direitos exigidos socialmente, o que enseja pela população a busca do poder judiciário como instrumento viabilizador do resguardo dos direitos diretamente relacionados a pressupostos constitucionais essenciais.

A população brasileira passa por um processo de paulatina evolução de seu processo de conhecimento e amadurecimento democrático o que enseja uma melhor compreensão acerca de seus direitos e a busca quanto a sua efetiva implementação<sup>24</sup>. Cabendo ao poder legislativo e ao poder executivo a tarefa de promover e desenvolver adequadamente as políticas públicas de Estado, através de uma interlocução entre os setores especializados e a sociedade civil organizada<sup>25</sup>. Porém, infelizmente isso não tem sido observado pois, o poder executivo permanece inerte quanto a implementação de políticas públicas que sobre si recaem enquanto o legislativo se distancia dos preceitos constitucionais ou até mesmo não os regulamenta viabilizando assim uma crescente atuação do poder judiciário, principalmente em demandas referentes aos direitos sociais<sup>26</sup>. Observa-se uma redução crescente no âmbito das atribuições delineadas pela separação dos poderes como uma forma de viabilizar que, através de decisões judiciais, se estabeleçam políticas públicas. Comprometendo o equilíbrio entre os poderes e consequentemente ao sistema democrático vigente<sup>27</sup>.

A separação dos poderes admite relativizações mas, atualmente observa-se uma atuação cada vez mais crescente do poder judiciário ao fundamento de implementar direitos, através da interferência em políticas públicas existentes ou até mesmo na criação de políticas públicas, o que gera prejuízos nas atribuições do poder executivo e legislativo<sup>28</sup>. Antônio José Avelãs Nunes dispõe que “É realmente, um enorme poder o que é assim assumido pelo poder judiciário,

<sup>23</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.80-81.

<sup>24</sup> Ibidem, p.89.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 78-81.

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49-54.

<sup>28</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p. 78-79.

ocupando o espaço deixado livre pela inação dos restantes dos Poderes, nomeadamente o legislativo<sup>29</sup>. A atuação crescente do poder judiciário vem gerando prejuízos a estrutura organizacional pois gera um desprestígio dos demais poderes constituídos, dando mais poderes e prestígio ao poder judiciário<sup>30</sup>.

Elival da Silva Ramos entende que as causas relacionadas ao ativismo encontram-se diretamente relacionada a três questões quais sejam: o controle de constitucionalidade difuso e concentrado (realizado por qualquer juiz de direito ou pelas cortes constitucionais respectivamente), a existência de omissões legislativas, e o caráter de vagueza e ambiguidade quanto aos direitos constitucionalizados<sup>31</sup>.

O Controle de Constitucionalidade seja ele difuso ou concentrado, figura como um instrumento que demonstra justamente o papel contramajoritário do poder judiciário no direito brasileiro pois, a Constituição Federal de 1988 expressamente previu a possibilidade do poder jurisdicional de exercer o controle de constitucionalidade de leis ou atos de caráter normativo editado por quaisquer dos poderes, em face do texto constitucional. Pelo que previsto expressamente no texto constitucional quem detém a última palavra quanto a constitucionalidade de determinado dispositivo é o poder judiciário, o que demonstra o papel democrático por este desempenhado, bem como a sua força institucional em face dos demais poderes constituídos<sup>32</sup>. As omissões legislativas encontram-se diretamente relacionadas a inércia quanto a implementação de políticas públicas necessárias a concretização dos postulados fundamentais pelo poder legislativo, o que enseja a atuação judicial visando justamente o resguardo e exercício de direitos expressamente previstos no texto constitucional. E o caráter de vagueza e ambiguidade diz respeito a natureza ampla e diversa que o texto constitucional detém o que pode ensejar diversos liames interpretativos acerca de um único dispositivo<sup>33</sup>.

Marcos Paulo Veríssimo por sua vez os relaciona como causas as transformações pelas quais passa o Supremo Tribunal Federal com o incremento do seu papel político e a sobrecarga

---

<sup>29</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 29.

<sup>30</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p. 78-79.

<sup>31</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010 *apud* TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.33.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p.33-34.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p.33-34.

no volume de trabalho<sup>34</sup>. O incremento do papel político encontra-se diretamente relacionado ao fato de muitas demandas e temas de origem política terem sido submetidas ao poder judiciário através do controle de constitucionalidade exercido por exemplo na lei de Biossegurança, no julgamento referente a verticalização das coligações partidárias, que mostram justamente o exercício ativo das competências pelo poder judiciário. A Constituição figura como base ao processo de judicialização e legitima o protagonismo do poder judiciário que nas últimas décadas vem demonstrando sua eficiência na resolução de problemas a si submetidos<sup>35</sup>. Enquanto a sobrecarga de serviço se refere ao incremento do número de demandas submetidas a análise do tribunais, principalmente em se considerando a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, no qual a constitucionalidade do dispositivo é analisada de forma incidente, prejudicialmente ao objeto principal da lide<sup>36</sup>.

Como afirma Clarissa Tassinari:

(...) Em síntese, acabou se criando um imaginário jurídico no qual o direito brasileiro fez-se dependente das decisões judiciais, ou melhor das definições judiciais acerca das questões mais relevantes da sociedade<sup>37</sup>.

O Judiciário adquire centralidade, de forma que as questões mais relevantes são colocadas a sua análise e decisão. É visto como única estrutura de poder capaz de dar as respostas efetivas que a sociedade necessita. Submeter algo ao poder jurisdicional mostra-se indispensável e essencial<sup>38</sup>. Como asseverado anteriormente fatores estes que encontram-se diretamente relacionados ao pós-guerra<sup>39</sup>, Constituições Dirigentes<sup>40</sup>, a criação de Tribunais

<sup>34</sup> VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo “à brasileira”*. Revista de Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, p.407-440, jul/dez, 2008, p.422.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p.412-413.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 415-422.

<sup>37</sup>TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 26.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Ao se fazer referência ao período do pós- guerra se pretende mostrar o período de ruptura experimentado pelos países após a Segunda Guerra Mundial no qual muitas atrocidades ocorreram ao fundamento da obediência rígida a uma determinada legislação. Motivo que ensejou a transição do Estado Legislado para o Estado Democrático de Direito, um rearranjo que viabilizou a garantia de direitos fundamentais constitucionalmente previstos. TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40. No que se refere a experiência vivenciada pelo Estado Brasileiro este além do período vivenciado na Segundo Guerra Mundial, atravessou períodos de regime ditatorial o que atrasou ainda mais o estabelecimento do regime democrático, figurando a Constituição Federal de 1988 como um instrumento de esperança a nova era cívica do país. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

<sup>40</sup> A Constituição Dirigente se associa a ideia de programa, impondo fins e tarefas a serem desempenhadas pelo Estado. A constituição não se detém a individualização dos órgãos e a atribuição de competências definindo os programas a serem realizados pelo Estado. Como afirma J.J Gomes Canotilho “A Constituição comandaria a acção do Estado e imporia aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas”. CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed.Coimbra: Almedina, 2015, p. 217.

constitucionais<sup>41</sup> e o acesso à justiça<sup>42</sup>, que passaram a credibilidade para decidir as questões mais fundamentais da sociedade ao poder judiciário<sup>43</sup>.

O contexto social exige a implementação de direitos porém, o arranjo político através de sua desídia inviabiliza a sua devida implementação, transferindo tal responsabilidade ao poder judiciário<sup>44</sup>. O que se observa é o descrédito do poder executivo e legislativo, sendo o judiciário visto como um garantidor dos direitos fundamentais<sup>45</sup>. O poder legislativo e executivo não tem encontrado a devida adequação face aos administrados, se afastando dos postulados constitucionais seja por inércia ou por interesses políticos, o que compromete cada vez mais a representatividade<sup>46</sup>. Os cidadãos observando a inércia do executivo e do legislativo, se socorrem ao poder judiciário por não acreditarem que seus direitos serão efetivamente concretizados gerando com isso danos ao sistema democrático, afinal inviabiliza o debate social e consequente implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, Clarissa Tassinari discorre que:

(...) o sentimento de *acomodação/apatia política* (e cívica) e o *apelo permanente à jurisdição*, fatores que inviabilizam o cumprimento da promessa democrática, qual seja, a de consolidação de “um sistema em que a sociedade é parte ativa”. Assim, a centralidade atribuída ao âmbito jurisdicional acaba gerando “fissuras no pacto democrático” para além do imaginado<sup>47</sup>.

---

<sup>41</sup> Tribunal Constitucional entendido como órgão jurisdicional que através de um processo judicial profere decisões vinculadas ao direito materialmente constitucional. O ponto decisivo que o distingue de qualquer outro tribunal é que o fundamento e a sua racionalidade são retirados do arcabouço constitucional vigente. Seria um tribunal voltado diretamente a resolução de questões constitucionais. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed.Coimbra: Almedina, 2015, p. 679.

<sup>42</sup> O Acesso à Justiça se refere a transformação pela qual passou o poder judicial no sentido de viabilizar efetivamente a todos que precisam da tutela jurisdicional seu devido acesso. O poder judiciário anteriormente só era utilizado efetivamente por quem detinha recursos financeiros para pagar os custos do processo, ou seja, só havia um direito formal de acesso ao judiciário, permanecendo o Estado inerte na implementação de direitos. Porém, a evolução dos direitos e a necessidade de sua concretização ensejou uma atuação ativa do Estado para a sua devida implementação e consequente viabilização de um efetivo acesso à justiça, entendida em seu aspecto material. O judiciário abriu as portas para aqueles que efetivamente precisavam de sua tutela. Capelletti assim discorre sobre o assunto: “O Acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental- o mais básico dos direitos humanos- de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.12.

<sup>43</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.25, p.9-44, abr/jun, 2009, p.10.

<sup>44</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.55.

<sup>45</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.80-81.

<sup>46</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110-111.

<sup>47</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.53.

Como ensina Lênio Streck, o neconstitucionalismo trouxe a juristocracia, de forma que o poder judiciário se transpõe frente aos demais poderes comprometendo com isso a sua representatividade<sup>48</sup>. A conflituosidade imperou e há toda uma ânsia no sentido de concretizar os postulados constitucionais, não só pela sociedade brasileira como do poder judiciário<sup>49</sup>.

Como assevera Vanice Regina do Vale:

(...) o intuito de transformação cunhado pela Carta de 1988 se viu internalizado no imaginário dos brasileiros, e em especial, dos aplicadores do direito. Os mecanismos de empoderamento do projeto constitucional passam a figurar como prioridade na agenda reflexiva, especialmente no capô da efetividade dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

A Constituição Federal de 1988 por prever diversos direitos trouxe esperança a população brasileira no sentido de concretizar os direitos previstos, mas isto ficou apenas no imaginário, pois o que se viu foi inércia na implementação dos valores constitucionais. Com isto, observa-se que as causas que ensejam a judicialização e o ativismo não encontram-se diretamente relacionados ao poder judiciário e sim a uma inércia dos poderes executivo e legislativo em implementarem as políticas públicas necessárias ao gozo dos direitos constitucionalmente previstos<sup>51</sup>. O cidadão tolhido no exercício de um direito constitucionalmente previsto se socorre ao poder judiciário, que adota as providências necessárias a implementação dos direitos<sup>52</sup>.

No mesmo sentido Clarissa Tassinari assim dispõe:

(...) a Judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores orginalmente alheios a jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade- características da sociedade massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo poder judiciário, mas, sim de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos<sup>53</sup>.

Observa-se, portanto, que diversos fatores contribuíram para a Judicialização da Política e por conseguinte ao Ativismo Judicial, não estando estes associados ao poder judiciário. Afinal

---

<sup>48</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O ativismo Judicial Existe ou é imaginação de alguns*. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 26.10.2017.

<sup>49</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.77.

<sup>50</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 102.

<sup>51</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.32-33.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 32-33.

este só é chamado quando o poder executivo e legislativo não desempenham corretamente as suas atribuições e conseqüentemente ensejam uma atuação judicial viabilizando a sua concretização. Os poderes constituídos devem atuar almejando a concretização dos postulados constitucionais tendo em vista o reconhecimento dos direitos hoje vigente, o que enseja atuação do Estado no sentido de implementá-lo, pois se não o fizer a litigiosidade só tende a aumentar.

## 1.2 Diferenciação entre a Judicialização da Política e o Ativismo Judicial

Analisados os aspectos referentes às origens da Judicialização da Política e do Ativismo Judicial, faz-se necessário a diferenciação desses conceitos. Ambos decorrem de fenômenos semelhantes, porém, detêm conseqüências no âmbito prático que não se confundem.

A Judicialização da Política encontra-se presente nos momentos em que as instituições, no caso executivo e legislativo, não desempenham de forma regular as suas atribuições, e em decorrência de tais deficiências enseja a atuação do poder judiciário no sentido de resguardar determinado direito<sup>54</sup>. O Ativismo Judicial por sua vez, está associado ao aspecto da discricionariedade judicial na qual o magistrado profere determinada decisão com base em suas visões pessoais e íntimas, utilizando-se do fundamento jurídico apenas, para justificar determinado posicionamento<sup>55</sup>. Ambos os fenômenos almejam a concretização de direitos constitucionais, mas não se confundem pois a judicialização é realizada de acordo com os preceitos legais existentes enquanto o ativismo de acordo com a convicção íntima e pessoal do julgador<sup>56</sup>.

Luis Roberto Barroso assim conceitua Judicialização e Ativismo:

A Judicialização e o Ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira nos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A Judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do controle concentrado de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance das normas, para além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo de contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte,

<sup>54</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

<sup>55</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p.723-724.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 724.

emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do poder judiciário para decidir determinadas matérias<sup>57</sup>.

Observa-se que Luis Roberto Barroso reconhece que a Judicialização e o Ativismo são fenômenos que não se confundem. A judicialização estaria associada ao viés analítico da Constituição e ao Controle de Constitucionalidade de maneira que, demandas de natureza social e política possam ser submetidas ao poder jurisdicional, que por sua vez, aplicará a vontade do constituinte. Enquanto o Ativismo teria um caráter mais expansivo de interpretação do texto constitucional transpassando o processo político majoritário que se mostra inerte e ineficiente, correndo o risco porém, de politizar a justiça.

Vanice Lírio do Valle em *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal* assim se manifesta acerca do Ativismo:

A consulta a duas fontes elementares- ainda que prestigiadas- de conceituação no Direito norte- americano- Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary, evidencia que, já de ordem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; o da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual dos campos<sup>58</sup>.

Constata-se que o termo "ativismo" possui um caráter ambíguo no círculo acadêmico, sendo associado, em uma primeira concepção, a um comportamento judicial que busca a expansão do valores constitucionais, enquanto a segunda concepção o associa ao caráter comportamental, predominando visões pessoais de cada juiz acerca da interpretação a ser dada aos dispositivos constitucionais.

O ativismo apesar de viabilizar a implementação de alguns direitos detém um preocupação subjetivista e individualista, o que não ocorre com o fenômeno da judicialização, adstrito aos limites constitucionais e legais existentes, sem qualquer viés pessoal<sup>59</sup>. O direito deve ser visto como um instrumento para o efetivo funcionamento do sistema político. O constitucionalismo contemporâneo enseja um maior atuação do poder judiciário, porém, tais

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 23.10.2017, p. 17.

<sup>58</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 21.

<sup>59</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p. 724.

fatores não devem ser vistos como fundamento para a discricionariedade judicial<sup>60</sup>. O ativismo é um problema exclusivamente jurídico, devendo ser associado a um ato de vontade do judiciário, que através da juridicidade ao qual lhe é atribuída adota a decisão que sob o seu viés pessoal é a mais justa, ou seja pratica atos que se aproximam muitos de aspectos políticos e sociais, indo além do ordenamento, no exercício de suas atribuições<sup>61</sup>.

Lênio Streck esclarece que:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, por que decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse uma linguagem privada, construída a margem da linguagem pública. Já a Judicialização pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis em que é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa<sup>62</sup>.

A judicialização não se mostra tão danosa ao sistema jurídico por se fazer necessária em alguns momentos, principalmente nos relacionados a concretização dos valores constitucionais, em se considerando o caráter normativo de nossa constituição. O ativismo por sua vez, não é benéfica ao sistema democrático tendo em vista que, juízes e tribunais no exercício de suas atribuições se utilizam de suas visões pessoais, que ficam a margem de uma linguagem pública. Para Lênio a Judicialização deterá um caráter contingencial, só estando presente nos momentos em que ocorrer deficiência ou funcionamento inadequado das instituições, o que ensejará a intervenção judicial para efetivo resguardo do direito<sup>63</sup>. O ativismo por sua vez decorre da judicialização, porém, com este não se confunde, pois a postura ativista substitui o debate político, adotando o magistrado a decisão que para si, sob critérios pessoais é a mais justa<sup>64</sup>.

Exemplo de atuação ativista ocorre por exemplo, quando em demandas referentes ao direito sanitário se defere o uso de medicamentos sem a efetiva comprovação de sua eficácia, pois o juiz se assenhora da lei se utilizando de juízos pessoais<sup>65</sup>.

Faz-se necessário que os poderes legislativo e executivo assumam as suas atribuições, se adequando as novos postulados constitucionais vigentes, através de um amadurecimento

---

<sup>60</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p. 723.

<sup>61</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.54-56.

<sup>62</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p.724.

<sup>63</sup> Ibidem, p.724

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Ibidem, p.726.

institucional, pois cumprindo eficientemente as suas atribuições, tornará o ativismo judicial desnecessário, pois o mesmo só se fará presente em momentos pontuais de ineficiência dos demais poderes.

André Luís Vieira e Tiago Alves Barbosa Rodrigues assim se discorrem:

Visto sob outro ângulo, a temática do ativismo judicial deve ser inserida em um círculo virtuoso, no qual será necessário o amadurecimento dos atores envolvidos nesse processo, e, em especial, o aprimoramento técnico e institucional dos Poderes Legislativo e Executivo, a fim de cumprirem de maneira eficiente suas funções e de modo a tornar o ativismo judicial uma válvula de escape de controle social, apta a combater a ineficiência dos demais poderes do Estado<sup>66</sup>.

A constituição por ser dotada de força normativa e efetividade contribuiu para a judicialização e para o ativismo pois, exige uma resposta quanto a implementação dos direitos constitucionalmente previstos<sup>67</sup>. Associado a isso encontra-se a deficiência das instituições, executivo e legislativo, em implementar as políticas públicas relacionadas a concretização de direitos constitucionais, o que enseja a atuação cada vez mais crescente e recorrente do poder judiciário<sup>68</sup>. Atuação essa que mostra-se, sob o viés da concretização dos postulados constitucionais, legítima, até que a situação de inércia, omissão, seja resolvida, ocupando os poderes o espaço que realmente lhes pertence mas, que atualmente encontra-se sob interferência do poder jurisdicional<sup>69</sup>.

Porém, esta intervenção por parte do poder judiciário deve ser realizada dentro dos limites legais, sem utilização de subjetivismos e critérios pessoais que em nada guardam compatibilidade com os postulados democráticos e constitucionais vigentes<sup>70</sup>. As causas devem ser julgadas de acordo com o direito pré-estabelecido, atendendo com isso a normatividade vigente, sem se afirmar com isso que todos os direitos já existem prontos para serem aplicados, mas que dependem de toda uma narrativa e estudo para serem efetivamente aplicados<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.92.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p.32.

<sup>68</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.80-81.

<sup>69</sup> Ibidem, p.80-81.

<sup>70</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p.729.

<sup>71</sup> Ibidem, p.729.

Lênio Streck dispõe que:

Nesse sentido entendo que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada Juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir subjetivismos. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a sentença ocorreu por argumentos de princípio, e não de política, de moral, ou outro qualquer<sup>72</sup>.

Observa-se que a Judicialização figura como importante instrumento para a concretização de direitos, mas em contrapartida deve-se evitar o ativismo judicial, que adota uma perspectiva subjetivista e pessoal<sup>73</sup>. A Judicialização vez ou outra irá se mostrar presente pois, falhas existem em todo o sistema e eventualmente podem ocorrer, devendo o poder judicial adotar a decisão mais justa em se considerando a normatividade vigente e não a sua opinião pessoal<sup>74</sup>.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 figura como um exemplo da intervenção do poder judiciário em políticas públicas referentes ao direito a Saúde, na qual se legitimou a intervenção do poder judiciário para concretização de direitos fundamentais prestacionais, desde que sejam respeitados os postulados da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”, evitando com isso maiores impactos nas decisões de planejamento da Administração pública e na prestação de serviço público a população<sup>75</sup>. Tal julgamento figura como um dos primeiros precedentes referentes ao resguardo direito a saúde sem deter ainda uma postura ativista afinal, limitou o direito através da ponderação de maneira que, o direito fundamental estaria condicionado as possibilidades materiais e formais do Estado<sup>76</sup>, porém, o que se vê atualmente através dos julgados recentes é um crescente ativismo judicial acerca da presente matéria<sup>77</sup>. Atuando o poder judiciário no sentido de concretizar o postulado

<sup>72</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016.

<sup>73</sup> Ibidem, p.724.

<sup>74</sup> Ibidem, p.729.

<sup>75</sup> COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião. *Judicialização das Medidas Estatais colaboradoras à redução dos impactos nas políticas públicas de saúde*. IOB- Repertório de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, v.3, n.12, p.456-450, jun, 2013, p. 455.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO FORA DA LISTA DO SUS. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO EM AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. 3. Não consta da petição de recurso extraordinário a alegação de que o medicamento não consta na lista da Anvisa, sendo suscitada somente nesta via recursal. Constitui-se, portanto, em inovação insuscetível de apreciação neste momento processual. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (RE

constitucional, sem qualquer preocupação em analisar os dispositivos legais e constitucionais, atendendo apenas a sentimentos pessoais e emocionais que remontam ao direito a um vida digna<sup>78</sup>.

Em decorrência dessa atuação cada vez mais incisiva e prejudicial as atribuições dos demais poderes o ativismo judicial e a judicialização excessiva vem sendo objeto de críticas por parte de uma parcela da doutrina no que se refere as ações de direito sanitário<sup>79</sup>. Para muitos o direito a saúde deteria a natureza de norma programática de forma que deveria ser instituída através de políticas sociais e econômicas realizadas pelo poder público e poder legislativo. Afinal, como asseverado anteriormente o poder executivo detém a atribuição de criar e executar as políticas públicas, enquanto o legislativo de realizar as devidas previsões orçamentárias para custear a prestação dos referidos serviços<sup>80</sup>. O poder executivo através do desenho institucional que lhe é dado pelo texto constitucional é que detém a prerrogativa de definir políticas públicas e bem aplicar. Referido espaço vem sofrendo diversas intervenções do poder judiciário associado a deficiência dos demais poderes em estabelecer as políticas públicas ou até mesmo a inércia quanto a sua previsão<sup>81</sup>. De forma que a judicialização e o Ativismo só venham diminuir ou findar quando o executivo e o legislativo assumirem seu papel institucional e desempenharem as atribuições que sobre si recaem<sup>82</sup>.

A ausência de legitimidade democrática por parte do poder judiciário, tendo em vista que seus membros não são democraticamente eleitos e sim ocupados através de concurso público, também figuraria para alguns como um obstáculo a intervenção do poder judiciário nas políticas públicas estabelecidas pelo executivo<sup>83</sup>. Afinal, o executivo como um órgão democraticamente eleito, representando os interesses da população que os elegeu, é que possui

---

939351 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 11-10-2017 PUBLIC 13-10-2017) Disponível em: <www.stf.jus.br. Acesso em: 27.10.2107. No mesmo sentido ACO 4172 AgR, RE 271.286/RS, RE 195.192.

<sup>78</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p.729.

<sup>79</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 49/54.

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.81.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 80-81.

<sup>83</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 49/54.

não só legitimidade como capacidade técnica para dispor como a política pública deverá ser implementada atendendo aos postulados constitucionais.<sup>84</sup>

Outra crítica à intervenção judicial reside no postulado da reserva do possível no qual se defende que a atuação judicial deve se limitar ao que for financeiramente possível, não extrapolando as limitações e alocações orçamentárias estabelecidas pelo poder legislativo<sup>85</sup>.

A teoria da “reserva do possível” teve sua origem na doutrina constitucionalista alemã no caso de limitação de acesso a ensino universitário de um estudante, a Corte Constitucional Alemã entendeu que haveriam limitações de natureza fática com relação ao atendimento das demandas em que se pleiteia o acesso a um direito<sup>86</sup>. Referido entendimento passou então a ser aplicado no âmbito dos tribunais pátrios justamente como um instrumento de demonstração de que todo direito seja de viés negativo, que exige uma abstenção estatal ou até mesmo positivo, que exige uma atuação do poder público quanto a sua implementação, detém custos, que precisam ser assumidos pelo poder executivo<sup>87</sup>. Ou seja, no direito pátrio se associou a noção da reserva do possível ao que é financeiramente possível<sup>88</sup>.

Porém, quando se determina ao poder público o cumprimento de determinada obrigação no âmbito judicial muitas vezes não se atenta para o aspecto de que o Estado pode não deter recursos financeiros para custear o tratamento ou medicamento requerido. A reserva do possível pode ser de ordem fática ou jurídica. A fática se refere a completa falta de recursos financeiros e a jurídica a falta de recursos encontra-se associada a aspectos de ordem orçamentária<sup>89</sup>.

Não se pode negar a efetividade dos direitos fundamentais, até em decorrência do Estado Democrático de Direito porém, faz-se necessária uma delimitação de como os mesmos devem ser efetivamente implementados, considerando a escassez de recursos e as crescentes necessidades. Os direitos não podem ser protegidos simultaneamente e integralmente atendendo com isso todas as necessidades humanas<sup>90</sup>. Dessa forma, se questiona se o poder judiciário pode

---

<sup>84</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 49/54.

<sup>85</sup> Ibidem.

<sup>86</sup> CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 200-201.

<sup>88</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.25, p.9-44, abr/jun, 2009, p.20.

<sup>89</sup> CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200-201.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 200-201.

intervir na alocação de referidos recursos e dispor quando e de que forma os mesmos podem ser efetivamente aplicados, afinal as necessidades são infinitas e os recursos finitos. Porém, o que se vê no âmbito jurisprudencial é que inicialmente se entendia que uma vez alegado o postulado da reserva do possível caberia a administração comprovar a real inexistência ou exaustão de recursos<sup>91</sup> para concretização de direitos, mas atualmente os tribunais pátrios tem relativizado tal teoria interferindo em políticas públicas ao fundamento de assegurar o mínimo existencial<sup>92</sup>.

---

<sup>91</sup> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. "Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigir-lo em juízo" (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação in totum dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.

6. Recurso especial provido.

(REsp 577.573/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 06/11/2008). Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 29.10.2017.

<sup>92</sup> E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRICÇÃO DAS RESTRICÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO:

A desorganização administrativa gerada pelos provimentos jurisdicionais também comprometem a capacidade de planejamento, o que interfere na eficiência administrativa ao atendimento do cidadão. A administração a partir do momento em que cria uma política pública juntamente com o poder legislativo a faz com a previsão de quais serviços serão efetivamente prestados e qual a quantidade de recursos serão utilizados para o oferecimento dos serviços selecionados<sup>93</sup>. Porém, tal tipo de organização é completamente desmantelada ou desorganizada quando ocorre um provimento jurisdicional que determina o fornecimento de medicamentos de alto custos a uma quantidade elevada de pacientes, tendo em vista que os recursos anteriormente alocados para a prestação de um serviço serão aplicados para o cumprimento do provimento jurisdicional<sup>94</sup>.

O poder judiciário também não detém conhecimentos técnicos que viabilizem a análise dos impactos que suas decisões podem ter no funcionamento da estrutura administrativa, bem como qual a melhor decisão a ser adotada quando necessário a implementação de políticas públicas<sup>95</sup>. Muitas vezes a determinação para que o executivo estabeleça determinada política pública em um espaço de tempo pode ser vista como menos gravosa do que se bloquear ativos financeiros e utilizá-los para o fornecimento de um determinado serviço a parcela tão diminuta da sociedade. O que em última análise não aproxima seguimentos sociais, mas acaba por afastá-los cada vez mais<sup>96</sup>.

As decisões judiciais adotadas no sentido da concretização dos direitos constitucionais por muitas vezes trazem a desigualdade econômica e social, pois as pessoas que tem acesso ao poder judiciário acabam sendo beneficiadas por um provimento jurisdicional que implicará gastos de dinheiro público<sup>97</sup>. Enquanto a população mais carente, sem um prévio conhecimento

---

ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014). Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 29.10.2017.

<sup>93</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 49/54.

<sup>94</sup> Ibidem.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 49/54.

<sup>96</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 168.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 53-54.

dos direitos que detém, ficam alijados do sistema jurisdicional, obtendo apenas acesso a serviços públicos muitas vezes precários, tendo em vista a ausência de recursos orçamentários para a sua devida disponibilização. Referida distinção só amplia a desigualdade social que existe e compromete a observância do princípio da igualdade, que preconiza que todos devem ser tratados de forma desigual nos limites de sua desigualdade. Fazendo com que a população mais carente de recursos seja a que menos veja a concretização dos postulados constitucionais<sup>98</sup>.

Corroborando que acima explanado Antônio Avelãs Nunes assim discorre:

Na minha opinião, não cabe ao poder judiciário controlar o cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo: esta é uma competência do Parlamento. Se o Executivo adopta políticas erradas ou insuficientes, ou se não adopta quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um *juízo político*, que só pode caber ao Parlamento e ao povo Soberano<sup>99</sup>.

(...) E em vez de conferir maior eficiência e maior equidade as políticas públicas definidas pelo Executivo, esta actuação dos Tribunais só contribui para desorganizar os serviços públicos existentes e para acentuar as desigualdade no acesso a eles<sup>100</sup>.

Antônio Avelãs entende que nesses casos o poder judiciário estaria invadindo a esfera do poder executivo, o que geraria uma jurisdicionalização da política, pois o poder judiciário estaria invadindo seara que pertence ao legislativo e executivo. Ademais, tais provimentos jurisdicionais não seriam a solução para o problema pois, não trariam a eficiência e concretização ao postulado constitucional, ao contrário, gerariam mais desigualdade entre os cidadãos e desorganização ao serviço público existente.

Apesar de todas essas críticas que permeiam a judicialização e o Ativismo Judicial tais fenômenos vem ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro em decorrência da inércia dos poderes constituídos em bem desempenhar o seu papel institucional de criar e implementar políticas públicas voltadas ao cumprimento dos direitos constitucionalmente previstos. O Judiciário está sendo chamado a concretizar postulados previstos como direitos subjetivos pelo arcabouço constitucional e não vê outra solução a ser adotada. Pois, a população encontra-se cada vez mais consciente acerca dos direitos que detém e exigem a sua concretização. Não podendo o poder judiciário permanecer inerte quando legitimamente provocado<sup>101</sup>.

A tendência em caso de inércia do legislativo e executivo em bem concretizar postulados constitucionais é o crescimento e a intervenção cada vez maior e recorrente do poder judiciário,

<sup>98</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p.40.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>101</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.25, p.9-44, abr/jun, 2009, p.18-19.

sendo os demais poderes objeto de descrédito cada vez maior da população, o que compromete não só a separação dos poderes, como o sistema democrático<sup>102</sup>. O executivo e o legislativo devem atuar para proteger ainda que minimamente os direitos sociais sob pena de vivermos uma crescente Juristocracia ou Judiciariocracia como afirma Lênio Streck no qual se acentua cada vez mais o protagonismo do poder judiciário comprometendo a relação interinstitucional entre os poderes constituídos<sup>103</sup>.

Alice Gonzalez assim discorre acerca do assunto:

O reconhecimento da existência de um *padrão mínimo na esfera dos direitos sociais* que não pode ser desrespeitado sem ofensa à própria dignidade da pessoa humana, leva, em certas condições, à necessidade de admitirem-se direitos subjetivos a prestações, diretamente exigíveis na via judicial, aplicáveis independentemente da existência de norma legislativa concreta a respeito da matéria, bem como de sua previsão orçamentária<sup>104</sup>.

Justamente por deter a natureza de direito fundamental relacionado a um fundamento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana, se entende que tais direitos detém um núcleo essencial<sup>105</sup>, revestidos da característica da essencialidade, podendo ser postulada no âmbito judicial, sem qualquer necessidade de integração legislativa.

Faz-se necessário portanto, que o poder executivo e o legislativo assumam e bem desempenhem as atribuições que possuem a fim de evitar a interferência do poder judiciário,

<sup>102</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.78-81.

<sup>103</sup> STRECK, Lênio Luiz. *O ativismo Judicial Existe ou é imaginação de alguns*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 23.20.2017.

<sup>104</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.25, p.9-44, abr/jun, 2009, p.18.

<sup>105</sup> Núcleo Essencial entendido aqui como o conteúdo mínimo do ponto de vista eficaz que determinado direito constitucional pode deter, oponível ao Estado e aos particulares, sob pena de se reduzir o direito a nada. Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet assim discorre: “A garantia da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. Com efeito, a limitação de um direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições mínimas indisponíveis as intervenções estatais, mas que também pode ser opostas - inclusive diretamente- a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 420. E Vidal Serrano “O chamado conteúdo mínimo aponta que cada direito tem um núcleo mínimo irremissível, associado à sua própria razão de ser. Evoca, assim, uma abstração que enuncia a essência do direito cogitado, que pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites. Já o mínimo vital opera com vetores quantitativos, ou seja, aponta quais necessidades mínimas que um ser humano, só por sê-lo e exatamente para preservá-lo em sua dignidade, deve observar”. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 72.

que só traz descrédito por parte da população quanto aos demais poder constituídos e desequilíbrio na atuação dos poderes<sup>106</sup>.

Afinal como asseverado pela Vanice Regina Lório do Valle:

Formular Políticas Públicas- compreendendo nisso a identificação das prioridades e a eleição das estratégias de ação- é opção de claro viés administrativo, que compreende a aferição de elementos que vão muito além da simples enunciação do que a dignidade é objetivo fundamental da República<sup>107</sup>.

A atribuição quanto a formulação de políticas públicas pertence ao poder legislativo e ao executivo justamente por que os mesmos detêm a capacidade de avaliar tecnicamente quais das soluções podem ser adotadas e a que melhor se adequa ao atendimento da população. Referida decisão detém um claro viés administrativo, não se detendo a simples arguição de um direito constitucional.

### 1.3 Possíveis Prejuízos do Ativismo Judicial ao Estado Democrático de Direito

Como visto anteriormente o Poder Judiciário através da Judicialização e do Ativismo Judicial vem ocupando e interferindo constantemente nas atribuições e competências do poder executivo e legislativo, em decorrência basicamente da inércia/omissão ou deficiência destes na implementação de políticas públicas necessárias a concretização dos postulados constitucionais<sup>108</sup>. Porém, referida atuação cada vez mais recorrente e incisiva por parte do poder judiciário embora benéfica no sentido da concretização dos direitos, vem trazendo alguns prejuízos ao Estado de Direito que merecem referência e reflexão.

Cabe dispor inicialmente que o descrédito e a decepção da população quanto aos poderes legislativo e executivo não figuram como prejuízos, mas como causas que ensejam o ativismo judicial e a judicialização. Afinal, a população por não se identificar com os agentes políticos regularmente eleitos se socorre do poder judiciário e buscam através deste a concretização de seus direitos.

<sup>106</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.78-81.

<sup>107</sup> VALLE, Vanice Regina Lório do. *Políticas Públicas, direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 140.

<sup>108</sup> VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014, p.78-81.

Os prejuízos estão associados ao risco da continuidade de determinados serviços públicos a população, a desigualação entre cidadãos, o crescimento da discricionariedade judicial, a ofensa a democracia, e a contaminação judicial por aspectos de política.

Quando se fala em risco a continuidade de determinados serviços públicos está se fazendo referência ao fato de que o poder público estar sendo compelido através de decisões judiciais sejam elas antecipatórias de tutela ou definitivas a drenar recursos públicos que seriam aplicados em determinados serviços para o cumprimento da ordem judicial<sup>109</sup>. Como asseverado os recursos públicos são objeto de dotação orçamentária previamente aprovada pelo poder legislativo para serem aplicadas pelo poder executivo quando da implementação de políticas públicas. O que se observa porém, é que referidos recursos estão sendo em grande aplicados para cumprimento de ordem judicial, o que vem a comprometer a prestação de determinados serviços públicos não só em sua qualidade, como até mesmo sua continuidade para toda a população<sup>110</sup>.

O poder público encontra-se limitado a lei orçamentária previamente aprovada e não pode aplicar mais recursos do que aqueles que foram a si alocados, sob pena até mesmo de crime de responsabilidade fiscal. Justamente, por ter que utilizar recursos que aplicaria na prestação de serviço público a generalidade da população para cumprimento da ordem judicial, muitos serviços públicos acabam sofrendo prejuízo pois, não poderá ser prestado na mesma quantidade e qualidade<sup>111</sup>. E o fato de ter uma redução na quantidade de pessoas atendidas ou até mesmo perda de qualidade quanto ao serviço público oferecido se gera outra consequência que é a desigualação entre a população<sup>112</sup>.

Os indivíduos que se socorrem ao poder judiciário muitas vezes têm acesso a tratamentos de ponta com gasto excessivo de recursos públicos pois, não se submetem aos critérios da lei de licitação, enquanto que grande parcela da população permanece se utilizando do Sistema Único de Saúde em situações de precariedade<sup>113</sup>. Ademais grande parcela das pessoas que se socorrem ao poder judiciário detém conhecimento de seus direitos, e justamente

---

<sup>109</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 58.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>111</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 59.

<sup>112</sup> Ibidem.

<sup>113</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 53.

por isso o reivindicam se utilizando das tutelas de urgência por estarem justamente em uma camada social mais elevada<sup>114</sup>. Observa-se então que apesar de se assegurar o acesso à justiça a diversos cidadãos, sem qualquer condicionante, quem efetivamente precisa da atuação do poder judiciário são os mais humildes, que muitas vezes estão em situações graves decorrentes da omissão do poder público, mas por não terem qualquer conhecimento quanto aos seus direitos são excluídos de proteção judicial.

O poder judiciário através de demandas individuais e casuísticas acaba por aprofundar ainda mais a desigualdade existente entre aqueles que ocupam camadas sociais completamente distintas. Bem como desempenham, suas atribuições em franca contrariedade aos postulados constitucionais da igualdade<sup>115</sup>. Afinal, todos devem ser tratados de forma igual, mas os desiguais, nos limites de sua desigualdade e não como se vê atualmente, em que se dá socorro a quem bate as portas do judiciário, enquanto o restante da população não tem acesso a serviços ainda que mínimos. O Ativismo embora tenha bons propósitos no sentido de implementação dos direitos pode gerar o risco a continuidade de serviços públicos e a desigualação entre os membros da população<sup>116</sup>.

Acaba que o poder judiciário concretiza um direito que pertence a poucos individualmente considerados, através de diversas ações, enquanto dever-se-ia adotar ações coletivas que por meio dos interesses difusos abarcam a coletividade genericamente considerada afinal, só quem detém uma postura macro, de garantir a satisfação de direitos a diversas pessoas, é o poder legislativo e executivo através da implementação das políticas públicas.

No mesmo sentido dispõe Fernando Facury Scaff quando assim discorre:

Volta-se à questão da justiça distributiva e o papel do Poder Judiciário, observada a sua atuação pelo prisma nos interesses difusos. O poder judiciário como regra geral pratica justiça comutativa e não distributiva, no sentido de que faz microjustiça, e não macrojustiça, esta a cargo dos demais poderes<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 53.

<sup>115</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.133.

<sup>116</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.16, p. 31-61, nov/2017, p. 53.

<sup>117</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.129.

Outro problema associado ao ativismo judicial se refere a discricionariedade judicial. Essa discricionariedade encontra-se associada ao fato não só de termos uma constituição analítica, com a previsão de diversos direitos, como pelo caráter amplo destes, sem um conceito expressamente definido<sup>118</sup>. Ademais, os princípios que servem de fundamento para uma decisão judicial também são interpretados de forma ampla, de acordo com o que almeja a autoridade judicial<sup>119</sup>. O aplicador do direito então adota a decisão que para si entende como mais justa e as fundamenta com base em dispositivos que não detém um conteúdo definido, demonstrando claramente a sua liberdade e desprendimento em relação aos dispositivos legais<sup>120</sup>. Os princípios e direitos sem um limite definido são interpretados da forma que melhor atende aos interesses do aplicador do direito e aos seus critérios de justiça, sem que se busque efetivamente concretizar o que a carta magna previu, podendo-se muitas vezes desvirtuar tais objetivos<sup>121</sup>.

Dessa forma a preocupação não se refere expressamente aos direitos que foram expressamente previstos, mas sim aos critérios de interpretação que estão sendo adotados pelos órgãos julgadores, que muitas vezes podem se afastar do que realmente foi positivado<sup>122</sup>. Embora o poder judiciário seja mais atuante em decorrência do Constitucionalismo Contemporâneo, no qual o direito figura como um instrumento para o efetivo funcionamento do sistema político, isso não o legitima a adotar decisões judiciais de caráter discricionário<sup>123</sup>.

Corroborando o que acima referido dispõe Clarissa Tassinari que:

Como menciona Dworkin, o problema nunca foi discutir se os juízes devem interpretar a Constituição, mas em saber como ocorre essa interpretação, tendo em vista que muitas vezes acaba sendo mitigada pela atuação discricionária de juízes e tribunais. Isso não apenas afeta a esfera jurídica como também a política, especialmente pelo fato de que os Ministros da Suprema Corte são indicados pelo poder público<sup>124</sup>.

O cerne então centra-se na interpretação realizada pelos órgãos aplicadores do direito, que acabam por se distanciar do texto constitucional em decorrência da discricionariedade judicial, o que compromete a validade, constitucionalidade e até mesmo legalidade dos provimentos jurisdicionais. Através da discricionariedade judicial o judiciário adota um

<sup>118</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.79-84.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 137-141.

<sup>120</sup> Ibidem, p.79-84.

<sup>121</sup> Ibidem, p.79-84.

<sup>122</sup> Ibidem.

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p.723

<sup>124</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 80.

discurso moral distinto do que é informado na constituição, adotando cada um a sua moral particular/individual, gerando com isso prejuízos a efetiva implementação dos direitos constitucionalmente garantidos<sup>125</sup>.

Faz-se necessária a eliminação dessa discricionariedade principalmente no que se refere aos princípios, dando aos mesmos integridade à luz do direito, pois só assim será possível questionar o ativismo judicial<sup>126</sup>.

A democracia também resta comprometida com o ativismo judicial tendo em vista que a produção do direito, nestes casos, não advém do legislativo e sim dos magistrados e cortes superiores<sup>127</sup>. A preocupação subjetiva e individualista, ou seja, em relação a um caso concreto e específico inviabiliza a produção democrática afinal, o direito não advém exclusivamente dos órgãos que integram o poder judiciário<sup>128</sup>. O direito não se resume a um caso em específico mas, a uma diversidade de situações que ensejam a elaboração de uma ordem jurídica adequada ao atendimento de todos. A decisão judicial ativista cria a decisão com base na moral de cada juiz, sem atentar para as normas construídas pelos indivíduos regularmente eleitos pelos cidadãos, para bem os representar. O judiciário suprime o debate social de diversas matérias que embora não devidamente regulamentadas, pela inércia dos poderes constituídos, precisam de posicionamento por parte dos representantes eleitos, sob pena de supressão ao regime democrático vigente<sup>129</sup>.

A partir do momento em que o poder judiciário adota uma postura ativista e exclui dos demais atores a possibilidade de participar da formação do direito, bem como no debate acerca de sua significação, aplicando apenas entendimentos pessoais acerca da matéria, vamos viver uma verdadeira ditadura do poder judiciário, pois não há que se falar em Democracia sem entendimento e debate<sup>130</sup>. A Democracia é o governo do povo, da soberania popular, fundado na vontade maioria, e não dos magistrados e cortes superiores, motivo pelo qual os provimentos jurisdicionais não podem ser baseados em razões e morais pessoais, pura discricionariedade judicial<sup>131</sup>.

---

<sup>125</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 84.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 49-54.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 49-54.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 49-54.

<sup>130</sup> *Ibidem*.

<sup>131</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016, p.723.

As decisões judiciais devem ser proferidas sempre atentando ao que foi decidido pelo legislativo e executivo, sob pena de supressão do governo da maioria e invasão do terreno político. Decisões em que o poder judiciário assume o protagonismo da vida política além de atentar contra a democracia, fere os direitos fundamentais. O poder judiciário não pode impor suas escolhas e preferências por não deter legitimidade constitucional para assim o fazer<sup>132</sup>.

Luís Roberto Barroso assim dispõe:

(...) a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição e do Judiciário como seu intérprete maior não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo (...). Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam a sociedade pluralista. Por esta razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e Tribunais não podem presumir demais de si próprios como ninguém deve, aliás, nessa vida impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição<sup>133</sup>.

Em um estado democrático ao qual todos encontram-se vinculados a Constituição e a lei, soa muito estranho que o Poder Judiciário possa fora das suas atribuições, tomar decisões, substituindo os órgãos democraticamente legitimados. Nenhum dos poderes pode ao fundamento de resguardar postulados constitucionais intervir em demasia nas atribuições dos demais sob pena de grave comprometimento ao Estado Democrático.

No mesmo sentido entende Clarissa Tassinari quando assim discorre:

Todos eles têm como resultado o protagonismo judicial: através dos valores, juízes e tribunais desvinculam-se da legalidade; pela ponderação, abre-se espaço à vontade do intérprete na escolha dos princípios que serão colocados em colisão; e por fim, com o ativismo norte-americano, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política. De um modo ou de outro, tudo repercute em uma acentuada concessão de poderes aos magistrados que culmina no ativismo judicial, comprometendo a democracia<sup>134</sup>.

O Judiciário, extrapolando os limites de suas atribuições, se desvincula da legalidade, aplica os princípios de acordo com seu entendimento por meio da ponderação e adota uma

<sup>132</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.140.

<sup>133</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 23.10.2017, p.12.

<sup>134</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 114.

postura ativista, fatores estes que fazem o poder jurisdicional assumir uma posição de caráter político, que compromete em muito o sistema democrático.

Outro prejuízo relacionado ao Ativismo Judicial se refere a aproximação entre o poder judiciário e a política.

Como de sabença sempre se defendeu a separação entre o direito e a moral como uma forma de resguardar justamente a imparcialidade do órgão prolator da decisão. Afinal, o exercício da função jurisdicional deve ser feita da forma mais neutra possível, proferindo com isso a decisão mais justa e equânime a um caso concreto. Em decorrência do Ativismo Judicial porém, o direito acaba por se aproximar não só da moral como da política, o que gera prejuízos ao sistema jurídico. Os aspectos morais encontram-se diretamente relacionados a concepções pessoais do magistrado acerca de determinada matéria, assunto, que compromete justamente a sua imparcialidade em decidir pois, levará em conta inicialmente suas concepções pessoais para posteriormente procurar o seu fundamento de validade no ordenamento jurídico vigente. A procura por aspecto morais afasta e desvincula o poder judiciário da legalidade, comprometendo com isso a decisão judicial<sup>135</sup>.

Por sua vez, a aproximação entre o poder judiciário e a política mostra-se ainda mais danosa, pois se refere a atuação incisiva e recorrente do judiciário em políticas públicas estabelecidas pelo órgão executivo. Como de sabença a política pública encontra-se diretamente vinculada a proposta de governo firmada pelo governante eleito, de maneira tal que, a partir do momento em que o poder judiciário intervém nas mesmas e determina como a mesma deve ser realizada, acaba por se contaminar por aspectos políticos- partidários, o que compromete ainda mais o exercício imparcial de sua jurisdição<sup>136</sup>. Justamente em decorrência desse viés político é que o poder judiciário não pode se imiscuir em definir políticas públicas a serem aplicáveis a determinada população pois, não detém legitimidade para isso e pode acabar assumindo uma visão política que comprometerá ainda mais a neutralidade da decisão judicial<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 84.

<sup>136</sup> NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.140.

<sup>137</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.81

Porém, o que se vê atualmente é a intervenção recorrente do poder judiciário em políticas públicas estabelecidas pelo poder executivo, vindo muitas vezes a assumir opinião político partidária<sup>138</sup>.

Como assevera Clarissa Tassinari:

É possível observar assim, como a relação Direito e Moral é atravessada pela Política através da atribuição de autoridade aos juízes que podem acabar tomando suas decisões a partir de uma intencionalidade político partidária<sup>139</sup>.

Demonstra-se a preocupação de que o poder judiciário assuma um viés político e com isso comprometa ainda mais o desgaste institucional que vivemos, pois com o descrédito que o poder legislativo e executivo detém hoje, o poder judiciário possui muita voz. Acaso o poder judiciário assuma uma conotação política muito irá se afastar do postulado Constitucional, sem se preocupar com as reais necessidades e sim com aspirações próprias, o que fará com que este poder tenha papel estratégico no cenário político do país, comprometendo ainda mais o regime democrático vigente<sup>140</sup>.

Robert Dahl discorre que:

Porém, tendo em vista que boa parte da legitimidade das decisões tomadas pela Suprema Corte reside na ficção de que ela não é mais uma instituição política, mas sim exclusivamente jurídica, a aceitação da Suprema Corte como uma instituição política resolveria uma série de problemas à custa do surgimento de outros. No entanto, se for verdadeira que a natureza dos casos trazidos à Suprema Corte é a mesma descrita, a Suprema Corte não poderá atuar estritamente como instituição jurídica. Ela deveria escolher entre as alternativas controversas da política pública recorrendo a pelo menos alguns critérios de aceitabilidade sobre as questões de fato e valor que não se encontram ou não podem ser deduzidos a partir da jurisprudência, das leis e da Constituição. Nesse sentido a Suprema Corte é uma instituição formuladora de políticas nacionais e é essa a função que dá ensejo ao problema da existência da Suprema Corte em um sistema político comumente considerado democrático<sup>141</sup>.

Para o autor se cria a ficção de que o poder judiciário não detém qualquer viés político porém, caso se observe os casos submetidos a este poder constata-se que a decisão não é estritamente jurídica. Afinal, o poder judiciário é chamado a intervir, através de suas decisões, em políticas públicas. De forma que, para ele o poder judiciário não pode atuar sob uma perspectiva exclusivamente jurídica, pois formula políticas públicas nacionais. Porém,

<sup>138</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p.81.

<sup>139</sup> Ibidem, p.81.

<sup>140</sup> Ibidem, p.93.

<sup>141</sup> DAHL, Robert. *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.252, p.25-43, set/dez 2009, p.27.

reconhece a dificuldade de se reconhecer esse viés político do poder jurisdicional em se considerando o regime democrático no qual vivemos.

Motivo pelo qual, defende-se o afastamento das postura ativista do poder judiciário inibindo a sua intervenção em políticas públicas estabelecidas pelo legislativo e executivo evitando assim, sua contaminação por aspectos políticos. Devendo se limitar a determinar que os poderes inertes ou deficientes adotem as providências legais para implementação de uma política pública e conseqüentemente resguardo dos direitos fundamentais<sup>142</sup>.

O ativismo e a Judicialização embora figurem atualmente como instrumento necessário a concretização de valores constitucionais, em decorrência da inércia dos demais poderes, podem acabar por comprometer e prejudicar as atribuições dos poderes constituídos, inviabilizando com isso o funcionamento do sistema democrático.

---

<sup>142</sup> TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 114.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM PERSPECTIVA CONCEITUAL E DE EFICÁCIA**

Feita a devida abordagem acerca da Judicialização e do Ativismo Judicial demonstrando as implicações que tais fenômenos podem gerar no âmbito jurídico, faz-se necessário realizar uma digressão acerca do Direito à Saúde, direito este que encontra amparo no texto Constitucional Brasileiro, ocupando a categoria de direito fundamental social e que exige por parte do poder público um agir no sentido de viabilizar a sua concretização.

Realizando a análise do conceito relacionado a Saúde e dos dispositivos constitucionais que expressamente o preveem almeja-se demonstrar a importância que o tema tem no sentido de resguardar um direito vinculado diretamente ao que se entende por dignidade da pessoa humana, pois não há como assegurar uma vida digna ao cidadão sem que ao mesmo não seja assegurada as mínimas condições de saúde.

O direito à Saúde será estudado não só sob a perspectiva conceitual mas analisando o seu grau de eficácia abordando a classificação das normas constitucionais, e a existência ou não de direito subjetivo quanto a sua devida implementação. Ademais, será demonstrada a importância do tema no que se refere a teoria dos custos dos direitos, reserva do possível e mínimo existencial, além da abordagem jurisprudencial acerca do tema.

Procura-se dessa forma demonstrar a importância que referido direito tem no sentido de assegurar a concretização de postulados constitucionais, e como a matéria vem evoluindo sob a respectiva da eficácia e de sua concretização pelos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, redutos em que se observa a mudança de perspectiva no sentido justamente de viabilizar a implementação de um direito fundamental constitucionalmente previsto.

### **2.1 Conteúdo e fundamentalidade do direito à saúde**

O direito à saúde encontra-se expressamente previsto no arcabouço constitucional brasileiro nos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição Federal de 1988 quando consigna que a saúde é um direito social de matriz fundamental que pertence a todos, sendo dever do Estado através de políticas sociais e econômicas reduzir o risco de doenças e de outros agravos, além

de garantir o acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>143</sup>.

<sup>143</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

IV - (revogado). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 63, de 2010) Regulamento

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Dessa forma, cabe ao poder público a adoção de políticas sociais e econômicas almejando justamente a concretização do direito, salvaguardando o fundamento do Estado Democrático de Direito, qual seja a dignidade da pessoa humana.<sup>144</sup> Afinal, não há se falar em vida digna sem saúde, esta entendida como bem estar físico e mental<sup>145</sup>. Ademais, por sua previsão constitucional o mesmo se reveste de fundamentalidade e de viés social, o que enseja uma atuação positiva do poder público para a sua efetiva concretização<sup>146</sup>.

O Sistema Único de Saúde foi criado como uma rede regionalizada e hierarquizada para viabilizar justamente a implementação do direito social à saúde pois, distribui competências e permite uma gestão integrada entre os entes federativos. A competência para legislar acerca da matéria saúde, pertencente concorrentemente a União, aos Estados e Municípios, cabendo a União editar normas de caráter geral, aos Estados complementar referidas normas de acordo com os serviços a serem prestados a nível estadual e os Municípios editar normas que atendam as necessidades locais da sua população<sup>147</sup>.

A competência material, entendida como a relacionada a efetiva implementação de serviços relacionados a saúde, também possui competência concorrente entre os entes federativos, pois como consigna o art. 23 da Constituição Federal, compete de forma comum a União, Estados e Municípios a atribuição de cuidar da saúde e da assistência pública. Devendo

---

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 18.03.2018

<sup>144</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 73-76.

<sup>145</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O direito à Saúde*. Revista de Saúde Pública, São Paulo, n. 22, p. 57-63, 1988, p.58.

<sup>146</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 76-82.

<sup>147</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.46, p.31-61, nov/dez, 2007, p. 42-43.

lei complementar fixar normas de cooperação entre os entes federativos justamente para viabilizar o equilíbrio do desenvolvimento e o bem estar em âmbito nacional<sup>148</sup>.

Constata-se então, que tanto a competência material como legislativa pertencem concorrentemente aos entes federativos, de maneira que ambos devem atuar de forma cooperativa para concretização do direito à saúde, viabilizando assim uma vida digna<sup>149</sup>. Ocorre que, apesar da existência de diversos dispositivos que preveem referido direito e estabelecem suas respectivas competências não há dentro do texto constitucional qualquer referência ao que pode-se entender como direito a saúde. O que enseja a necessidade de se fazer uma digressão acerca do conceito de Saúde.

Os gregos associavam o conceito de saúde ao ser humano, a pessoa que detinha equilíbrio de corpo e mente. Na Idade Média a saúde era vista como uma graça divina, enquanto a doença um castigo. No século XVIII, em que se volta as conceituações inicialmente formuladas pelos gregos a saúde é entendida como ausência de doenças, conceito este que perdurou até a Revolução Francesa pois, o trabalhador não poderia adoecer para não prejudicar a produção nas indústrias. No século XX supera-se a ideia de saúde curativa e adota-se a saúde preventiva, mantendo-se, porém, o conceito de saúde associado a ausência de doenças<sup>150</sup>.

Com o período das grandes guerras em que se viu a escassez de recursos financeiros e a necessidade de uma maior intervenção dos Estados, a saúde foi alçada a categoria de direito humano, sem possibilidade de distinção baseada na raça, credo, classe econômica ou política, prevendo o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde que a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou outros agravos”<sup>151</sup>.

A conceituação formulada prevê que a saúde não se encontra apenas associada a existência ou inexistência de doenças mas, ao bem-estar físico, mental e social, dando um amplitude conceitual nunca antes vista, viabilizando com isso a sua associação direta ao postulado da dignidade da pessoa humana. Afinal, não há como se assegurar dignidade a um ser humano sem lhe proporcionar meios para o seu efetivo bem estar<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 88-90.

<sup>149</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.46, p.31-61, nov/dez, 2007, p. 42-43.

<sup>150</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 47-50.

<sup>151</sup> Ibidem, p. 51-52.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 52.

Acompanhando esta preocupação em salvaguardar efetivamente o bem-estar físico e mental, sem se preocupar apenas com a inexistência de doenças, é que a Constituição Federal de caráter marcadamente social previu expressamente o direito a saúde e fixou como atribuição/dever do poder público a adoção de providências no sentido de efetivar referido direito através de políticas sociais e econômicas. O poder público deve adotar uma postura ativa no sentido justamente de concretizar o direito constitucionalmente previsto<sup>153</sup>.

Ocorre que o direito à saúde ainda detém baixa eficácia normativa em decorrência justamente da necessidade de atuação do poder público na sua concretização e pelo fato de se adotar uma visão social e assistencialista que vai de encontro a perspectiva individualista dos direitos anteriormente vigentes. A Constituição Federal ao prever que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito e possui como objetivos fundamentais constituir uma sociedade livre, justa e solidária, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos sem origem de raça, cor, sexo, idade e outras formas de discriminação social pretendeu mostrar a sua mudança de espectro, saindo de um enfoque puramente individualista/patrimonial para uma perspectiva social/global<sup>154</sup>.

Com o progresso econômico e global no qual a economia caminha de acordo com as necessidades de consumo, não teria como o Estado permitir a divisão justa e equânime dos bens e riquezas sem a sua intervenção. A parcela marginalizada da sociedade necessita de uma Estado Social Intervencionista, para que o mesmo através de direitos sociais, viabilize a prestação de serviços, trazendo assim vida digna a todos os estratos sociais e não só a aqueles que detém os meios de produção<sup>155</sup>.

O Estado deve superar o paradigma do liberalismo e trazer para si através de deveres a atribuição para criar políticas sociais e econômicas que visam justamente a reduzir as desigualdades sociais e permitir uma vida digna a seus cidadãos. Afinal, a visão liberalista vai de encontro ao que pretende o modelo de bem estar social defendido pelo novo Estado Social de Direito. Sem esse enfrentamento do Estado em concretizar os direitos sociais expressamente previstos no texto constitucional, a Constituição mostrar-se-á letra morta destituída de qualquer eficácia e aplicabilidade<sup>156</sup>.

---

<sup>153</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 76-82.

<sup>154</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p. 703-707.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 703-707.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 703-707.

Essas transformações devem advir de uma mudança de ordem política e social, através de políticas sociais e econômicas que visem justamente propiciar a todos que integram aquela comunidade o acesso a serviços que se mostram muitas vezes básicos e essenciais como a Saúde. Uma sociedade que se mostre minimamente justa, em que se almeje a preservação do direito à vida e a integração mínima ao convívio social não deve se afastar dos direitos de ordem social, pois estes é que permitem a efetiva concretização de tais direitos<sup>157</sup>.

Os direitos sociais se revestem de fundamentalidade e, por conseguinte criam para o poder público o dever de agir, de fazer algo, de garantir uma vida efetivamente digna. Os direitos a prestação não são simples imperativos morais, mas imperativos jurídicos, demonstrando justamente a sua obrigatoriedade quanto a concretização. De forma que a partir do momento em que se detém um direito exige-se a sua satisfação pelas normas existentes no ordenamento jurídico vigente. Faz-se necessário a superação das teorias voluntaristas, anteriormente existentes afinal não possuem elementos necessários a funcionarem como alicerces dos direitos de ordem prestacional, como o são os direitos sociais<sup>158</sup>.

Os direitos a prestação, nos quais se incluem os direitos sociais, exigem a atuação do poder público no sentido de viabilizar o fornecimento das prestações, sendo ao mesmo vedado permanecer omissos na atribuição que lhe foi dada de forma expressa pelo arcabouço constitucional. A grande dificuldade que cerca, porém, a concretização dos direitos sociais, nos quais se incluem a saúde, se refere a questão da vagueza com a qual muitos dispositivos são previstos, o que para muitos autores constitui uma nebulosidade normativa. O que pode em alguns momentos comprometer a sua efetiva aplicabilidade, pois fica sujeito a modulações-jurídicas cambiantes. Pela vagueza e indeterminismo de algumas expressões cria-se uma verdadeira confusão entre os significados, o que acaba por reduzir a carga eficaz dos direitos sociais<sup>159</sup>.

Por ter uma expressão um pouco vaga e imprecisa os direitos sociais acabam sendo interpretados de uma forma a reduzir e comprometer a sua efetiva aplicabilidade o que não se mostra justo e equânime, além de fazer letra morta a Constituição vigente. O Constitucionalismo pelo texto pátrio vigente exige que o estado assuma os seus deveres

---

<sup>157</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p. 703-707.

<sup>158</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p. 48.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 99-101.

justamente para viabilizar a igualdade e a dignidade de cada cidadão. Adotando uma postura ativa no sentido de concretizar direitos.

A Constituição Federal ao prever os direitos sociais, no quais se inclui a saúde, mostra o seu caráter nitidamente dirigente pois pretende através de políticas sociais e econômicas, programas, direcionar a atuação do poder público no sentido de concretizar direitos, abandonando a feição individualista pela social<sup>160</sup>.

Lênio Streck assim discorre acerca do assunto:

Por isso a Constituição que exsurge desse novo paradigma é diferenciada, constituidor, dirigente e programático, isto por que o Direito, nesta quadra, assume uma nova feição; não mais a proteção do indivíduo, enquanto nômade; pretensamente autônomo (espécie de Barão de Munchausem), mas, sim a proteção e implementação dos direitos fundamentais- sociais até então (e no Brasil até hoje) sonogados pelo paradigma liberal-individualista-normativista, o qual como explicado, calca-se na filosofia do sujeito e na filosofia da consciência<sup>161</sup>.

Com a adoção de um programa constitucional no qual os direitos sociais ocupam a posição de direitos de ordem fundamental, ou seja, estruturante de uma sociedade, o Estado deve adotar providências no sentido de superar o comportamento marcadamente individualista, voltado a proteção do indivíduo, para viabilizar projetos e direitos sociais que vão trazer sob uma perspectiva global, resguardo a saúde, igualdade, respeito a vida e dignidade. Ademais, o Estado não deve permanecer inerte pois, a responsabilidade sobre si recai, detendo um dever/obrigação quanto a concretização de referidos direitos constitucionais<sup>162</sup>.

O Estrado Brasileiro não pode se sujeitar a ideias neoliberais que pregam as desregulamentações, desconstitucionalizações e flexibilidade pois isto figura como o contraponto dos direitos sociais. O Estado deve assumir um viés intervencionista viabilizando políticas públicas distributivas para concretização de valores constitucionais.

Nesse sentido cabe destacar que o direito à saúde na Constituição Federal de 1988 é um direito fundamental sob a perspectiva formal e material. Formal por estar topograficamente encontra-se previsto dentro no texto base de todo o ordenamento e que serve de parâmetro para a toda a legislação existente, a Constituição. E sob o aspecto material por que figura como um

---

<sup>160</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 81-82.

<sup>161</sup> STRECK, Lênio Luiz. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol.2, p.25-64, 2002, p. 50.

<sup>162</sup> SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011, p. 76-81.

direito que tutela os valores mais elevados da sociedade, garantindo uma condição humana digna aos seus cidadãos<sup>163</sup>.

Em decorrência do seu caráter fundamental sob o aspecto formal e material é que referidos direitos fundamentais detém a característica de direitos subjetivos e objetivos. Direitos objetivos por que servem de diretriz para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, conhecido para muitos como eficácia irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, os valores previstos nos direitos fundamentais servem de parâmetro interpretativo para as demais normas, indicando o seu respectivo significado e alcance. Enquanto o direito subjetivo se refere a possibilidade de exigir a concretização do direito pelo poder público, de forma que o cidadão pode comparecer junto ao aparato do poder judiciário para viabilizar a concretização de determinado direito em face do poder público<sup>164</sup>.

Nesse sentido leciona J. J Canotilho:

Nessa perspectiva, verificando-se a saúde como um direito de todos e um dever do Estado (art. 196), cujo parâmetro de atuação deve se pautar pela “atenção integral” (art. 198, II), concebida o estado de saúde como o completo bem-estar físico, mental e social, inegável, pois o caráter de prerrogativa jusfundamental, vale dizer, de direito subjetivo, de que se veste o direito fundamental social examinado<sup>165</sup>.

Dessa forma, o direito a saúde por se revestir de caráter fundamental e deter a natureza de um direito social do ponto de vista formal e material figura como um direito de viés objetivo e subjetivo, servindo como parâmetro interpretativo e de aplicação da legislação infraconstitucional, e que uma vez não efetivado poderá ensejar por parte do cidadão o acesso ao poder judiciário para que se assegure o completo bem estar físico, social e mental<sup>166</sup>.

## 2.2 Eficácia do direito à saúde

Antes de adentrar propriamente ao tema referente a eficácia das normas constitucionais faz-se necessária uma digressão a respeito da distinção entre eficácia e efetividade, pois são conceitos que não se confundem, podendo ou não estar presentes em um mesmo evento da ordem jurídica. A efetividade mostra-se presente quando ocorre a similaridade da previsão

<sup>163</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p. 698-703.

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988: Estratégia de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 127-128.

<sup>166</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p. 698-703.

normativa com uma conduta humana, ou seja, determinado indivíduo desempenha uma conduta prevista por determinada norma e, por conseguinte, se sujeita à sua incidência.

Discorrendo sobre o conceito de efetividade Luis Roberto Barroso assim dispõe:

A ideia de efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade do seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever- ser normativo e o ser realidade social<sup>167</sup>.

A eficácia por sua vez se refere a possibilidade de determinada norma produzir efeitos jurídicos, não se relacionando em nenhum momento a um caso concreto. A norma foi editada e, portanto, pode ser aplicada, sob a perspectiva do plano jurídico. A norma obedeceu a todo um processo de tramitação e promulgação de forma que possui os requisitos necessários a sua aplicação, que pode ou não a vir a ocorrer. Como assevera Virgílio Afonso da Silva a eficácia se mantém no plano jurídico, enquanto a aplicabilidade no plano dos fatos, nos quais se discute a aplicação ou não da norma<sup>168</sup>.

Acerca da eficácia das normas constitucionais cabe dispor quanto a existência de diversas classificações formuladas por Ruy Barbosa, José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz e Pinto Ferreira, Celso Bastos e Carlos Ayres Britto, Luís Roberto Barroso e Virgílio Afonso da Silva. Ruy Barbosa conceituou as normas como autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis. As normas autoaplicáveis seriam aquelas normas que estariam prontas para gerar seus efeitos independente da atuação do legislador. Enquanto as normas não autoaplicáveis são aquelas que dependem da atuação do legislador para se tornarem efetivos os seus preceitos. Referida classificação embora se mostra diminuta em se considerando a variedade de normas constitucionais existentes, mostrou-se importante por criar um critério distintivo utilizado por diversas classificações até hoje existentes<sup>169</sup>.

José Afonso da Silva classifica a eficácia das normas em normas de eficácia plena, normas de eficácia limitada e normas de eficácia contida. As normas de eficácia plena seriam as normas que, a partir da sua edição e entrada em vigor, já teriam a possibilidade de produzir todos os seus efeitos essenciais, se assemelhando à classificação de normas autoaplicáveis

<sup>167</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.255.

<sup>168</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 211-212.

<sup>169</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 247-248.

proposta por Ruy Barbosa. A norma de eficácia plena não precisa de qualquer legislação integrativa por parte do legislador ordinário, detendo eficácia e aplicabilidade imediata. As normas de eficácia contida, por sua vez, detêm eficácia e aplicabilidade imediata, no entanto, podem ser objeto de atuação restritiva por parte do legislador. A terminologia adotada para as normas de eficácia contida é criticada por alguns juristas, por dar a falsa impressão de que a norma não deterá plena aplicabilidade, o que não condiz com a realidade, afinal a norma deterá aplicabilidade plena e integral, só se diferenciando quanto à possibilidade de ser objeto de restrição pelo legislador ordinário. Desse modo, parcela da doutrina defende a alteração da nomenclatura para normas restringíveis<sup>170</sup>.

As normas de eficácia limitada seriam aquelas que dependeriam de uma atuação integrativa por parte do legislador ordinário a fim de que a norma detivesse a sua plena eficácia. Mas não se pode dizer que a norma de eficácia limitada é destituída de eficácia, pois a mesma a detém ainda que de forma mínima, inviabilizando, por exemplo, a edição de normas infra legais que lhes sejam contrárias. Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia limitada podiam ser divididas em normas definidoras de princípio institutivo ou organizativo e normas definidores de princípio programático. As normas de princípio organizativo se refeririam aquelas editadas para a própria organização e funcionamento do Estado, enquanto as normas definidoras de princípio programático exigiriam a criação de programas por parte do poder público no sentido de viabilizar o regular exercício de um determinado direito<sup>171</sup>.

Maria Helena Diniz e Pinto Ferreira adotaram a classificação similar à adotada por José Afonso da Silva, apresentando apenas uma única distinção, que se refere à existência de mais uma modalidade de norma, qual seja, a norma de eficácia absoluta, na qual se defende que algumas normas não podem ser objeto de emenda ou reforma, permanecendo imutáveis no ordenamento jurídico, detendo como exemplo as cláusulas pétreas. A criação do referido critério distintivo em relação a classificação elaborada por José Afonso da Silva encontra crítica por parcela da doutrina entres os quais Virgílio Afonso da Silva, por se entender que não se criou um critério distintivo entre as normas de eficácia plena e as normas de eficácia absoluta, tendo em vista que uma norma pode ser de eficácia plena e absoluta ao mesmo tempo<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88-116.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 117-138.

<sup>172</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 216-217.

Celso Ribeiro de Bastos e Carlos Ayres de Britto também possuem classificação similar a elaborada por José Afonso da Silva, dividindo as normas quanto a eficácia em dois grupos: normas de eficácia plena e normas de eficácia parcial, nos quais se incluem de um lado as normas que produzem efeitos por si só e as que não produzem efeitos sozinhas, dependendo de integração legislativa. Porém, é uma teoria que se mostra falha justamente por não criar a categoria intermediária referente as normas de eficácia contida<sup>173</sup>.

Ao que se observa das teorias acima apresentadas o critério distintivo para a realização da classificação se refere ao grau de eficácia que cada norma pode deter e a possibilidade de se restringir ou não essa eficácia ocorre que, a classificação adotada por Luís Roberto Barroso leva em conta a consistência da situação jurídica dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais. As normas constitucionais são divididas em três grupos: normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direitos e normas programáticas<sup>174</sup>.

As normas constitucionais de organização seriam aquelas voltadas a organizar o poder político criando órgãos, distribuindo competências, estabelecendo normas procedimentais ou tomando decisões políticas. As normas constitucionais definidoras de direitos seriam aquelas que criariam direitos para os cidadãos e permitiriam o seu exercício pelo seu titular através do direito subjetivo. Gerando as seguintes consequências para os particulares: situações plenamente desfrutáveis, situações que dependem de uma atuação do poder executivo e situações que dependem da edição de uma norma infraconstitucional integradora. As normas constitucionais programáticas por sua vez, traçariam os objetivos a serem perseguidos pelo poder público<sup>175</sup>.

Feita a necessária digressão acerca das classificações existentes acerca da eficácia das normas constitucionais faz-se necessário analisar em que posição encontra-se os direitos sociais e conseqüentemente o direito à saúde. Como consta expressamente no texto pátrio a saúde é um direito de todos, detendo o Estado, através de políticas sociais e econômicas, a atribuição de presta-lo, resguardando com isso os postulados da dignidade da pessoa humana. Ocorre que justamente em decorrência da previsão expressa de que o poder público através de políticas

---

<sup>173</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 218.

<sup>174</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.265-268.

<sup>175</sup> *Ibidem*, p.265-268.

sociais e econômicas implementará o direito a saúde o faz ser classificada como uma norma de eficácia programática<sup>176</sup>.

O direito a saúde seria um direito que teria sua eficácia condicionada a edição de políticas sociais e econômicas, que estabeleceriam programas a serem implementados pelo poder público. Não há que se falar em ineficácia, afinal há um dever imposto ao poder público no sentido de implementar as políticas e por conseguinte salvaguardar o direito constitucionalmente previsto. Ademais, justamente pela existência de uma eficácia ainda que mínima do direito social mostra-se vedado a edição de qualquer ato legislativo infraconstitucional que vá de encontro aos seus preceitos, padecendo o mesmo de inconstitucionalidade<sup>177</sup>.

Muitos dos direitos sociais previsto no texto constitucional o foram para exigir do poder político uma atuação ativa para a realização do bem comum. Embora, possam deter uma carga de imprecisão ou abstração não retira sua força normativa. O constituinte ao incluir referidos direitos no corpo do texto constitucional demonstrou o seu compromisso com o Estado Democrático de Direito em que vivemos, abandonando a perspectiva individualista do Estado Liberal anteriormente vigente<sup>178</sup>.

Nesse sentido Ingo Wolfgang Sarlet:

Em se tratando de direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante certamente ainda será menor, na medida em que se cuida de preceitos dirigidos principalmente ao legislador, não se podendo esquecer que o grau de vinculação se encontra em estreita relação com o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão. De qualquer modo, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito de sua discricionariedade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestação<sup>179</sup>.

O direito a saúde embora seja enquadrado com uma norma de caráter programático possui eficácia jurídica exigindo do poder público a edição de políticas sociais e econômicas para viabilizar a implementação do direito. Sendo vedado a realização de qualquer atividade administrativa, e legislativa que vá de encontro a previsão constitucional. Porém, por deter a natureza de norma programática o entendimento predominante é que o direito possui baixa

<sup>176</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.140-141.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p.141-142.

<sup>178</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p. 703-707.

<sup>179</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.389.

normatividade, figurando apenas como programas de ação, a dirigir a atividade a ser desempenhada futuramente pelo legislador<sup>180</sup>.

José Afonso da Silva assim discorre:

Vem daí o conceito de constituição- dirigente, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática. Por isso, ela, não raro, foi minuciosa, e no seu compromisso com as conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social, o enunciado de suas normas assumiu, muitas vezes, grande imprecisão, comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, por requerer providências ulteriores para incidir concretamente. Muitas normas são trazidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários. São estas que constituem as normas constitucionais de princípio programático, que estudaremos nesta seção<sup>181</sup>.

A dimensão jurídica, que acaba se dando ao direito sociais que exige prestações estatais por parte do poder público, acaba sendo diminuta, reduzindo-se a apenas servir como diretriz de ação ao poder público, com baixa ou quase nenhuma carga normativa. Os direitos sociais acabam por serem relegados ao segundo plano por depender de providências ulteriores a serem desempenhadas pelo legislador ou pelo poder público<sup>182</sup>.

Tal postura em relegar os direitos fundamentais sociais a patamares inferiores justamente em decorrência da necessidade de concretização constitucional não guarda consonância com os dispositivos constitucionais vigentes, subvertendo completamente a ordem jurídica vigente, principalmente em se considerando a essencialidade dos direitos previstos. Se cria a falsa ideia de que os direitos sociais só surgem quando as leis e as políticas públicas o preveem, sendo atribuição do legislador infraconstitucional criar e determinar o conteúdo de determinado direito.

Nesse sentido Vidal Serrano leciona:

Do art. 193 ao 232 encontramos as disposições atinentes à Ordem Social, somando, portanto, quarenta dispositivos relacionados especificamente ao tema. Diante de tal quadro normativo, é inegável que a Constituição de 1988 concebeu um Estado Democrático Social de Direito, prenunciando, de maneira clara e incontroversa, o propósito de criação de um Estado voltado à realização de direito sociais, em especial aqueles que integram o piso vital, que podem ser perfeitamente denominados de direitos sociais vitais, uma vez que deles dependem a vida dos indivíduos que se lhes tem por destinatários.

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.300.

<sup>181</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.136-137.

<sup>182</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.300.

Conclui-se que a interpretação de qualquer dispositivo constitucional atinente ao tema, sobretudo as normas dirigidas ao Estado, bosquejando a realização de programas e tarefas implementadoras desde estado de bem-estar social, devem ser interpretadas à luz do propósito assumido sistematicamente pela nossa lei maior.

Note-se, pois, que à espécie se afina inteiramente o princípio de hermenêutica constitucional, da máxima efetividade, que preordena o exegeta a buscar a eficácia máxima do direito examinado<sup>183</sup>.

Os direitos sociais por estarem expressamente previstos no texto constitucional precisam ser efetivamente concretizados detendo o cidadão direito subjetivo, para exigir junto ao poder judiciário o respeito ao projeto constitucional elaborado. Ademais, cabe ressaltar que ao contrário do que informa grande parte da doutrina não se pode fazer distinções entre os direitos regulamentáveis e os não regulamentáveis de forma que as normas de eficácia plena não seriam regulamentáveis e as normas de eficácia limitada seriam regulamentáveis. Associando-se justamente a baixa efetividade dos direitos sociais ao caráter limitados das normas que a garantem<sup>184</sup>.

Existem normas constitucionais de eficácia plena que a sua simples previsão no arcabouço constitucional viabiliza a sua concretização, ocorre que existem também normas de eficácia plena que são objeto de regulamentação independente da previsão constitucional, como por exemplo ocorre com o direito ao sufrágio universal e nem por isso o mesmo sofre uma diminuição da sua carga valorativa ou de eficácia normativa. O que se observa então é uma tentativa de diminuição da eficácia jurídica dos direitos sociais pelo simples fato de os mesmos deterem a natureza de norma de eficácia limitada, norma programática, que exige a edição de atos legislativos infraconstitucionais, entendimento que não se mostra coerente com o sistema constitucional vigente<sup>185</sup>.

O direito ao sufrágio universal por exemplo encontra-se previsto no art. 14 da Constituição Federal quando prevê que “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” ao se analisar o dispositivo se é unânime em afirmar que se trata de um norma de eficácia plena, ou seja, que detém eficácia imediata, sem necessidade de qualquer edição de normas para a sua efetiva concretização. Porém, se analisando pormenorizadamente a previsão constitucional se observa que o sufrágio

---

<sup>183</sup> NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988: Estratégia de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p.109.

<sup>184</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.240.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p.231-238.

universal não se concretizaria sem a existência de seções e juntas eleitorais, Tribunais Eleitorais, legislação eleitoral e partidária<sup>186</sup>.

Virgílio Afonso da Silva assim dispõe:

A partir do analisado até aqui, é possível sedimentar uma conclusão importante: se toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, todos os direitos a que se propõe, de algum tipo de regulamentação, a distinção entre *normas de eficácia plena* e *normas de eficácia limitada* perde seu sentido. Todas as normas, a partir dessa premissa, tem alguma limitação em sua eficácia. Como foi ressaltado nos tópicos anteriores, é possível imaginar que as normas de que garantem liberdades públicas, em sua dimensão exclusivamente negativa – ou seja, quando exigem única e exclusivamente uma abstenção estatal- possam revestir-se de eficácia plena. Mas as liberdades públicas exigem, como já se salientou, muito mais do que a mera abstenção. E o problema é que ambas as exigências – abstenção e ação- no âmbito das liberdades públicas (e também dos direitos políticos) são dimensões da *mesma norma*. Ou seja, ainda que parte da norma pudesse ser de eficácia plena, a outra parte não o seria. A norma em seu todo, portanto, acaba necessitando de algum tipo de ação estatal<sup>187</sup>.

O que demonstra que a justificativa para reduzir ou inviabilizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais pela necessidade de integração legislativa mostra-se errônea e destituída de fundamento. As normas constitucionais dependem de regulamentação e por conseguinte são objeto de restrição, independente da posição da sua classificação quanto a eficácia. As normas constitucionais não se bastam, acabam precisando de atuação estatal para que venham a produzir efeitos. Em muitos casos a atuação estatal ira se mostrar imprescindível e necessária. Afinal, o direito não deve se ater a uma análise estritamente jurídica, tendo em vista a relevância das condições fáticas que permeiam a concretização de direito<sup>188</sup>.

Cabe dispor ademais que os direitos sociais devem ser efetivamente cumpridos pois, onde existe o direito há o seu dever correspondente e os meios de exigi-lo. A partir do momento em que um direito é expressamente previsto no arcabouço constitucional o mesmo deixa de figurar como um imperativo moral e passa a ser um direito, ensejando com isso a atuação dos poderes constituídos quanto a sua concretização. Por estarem associado a um agir estatal os direitos prestacionais impõe ao Estado uma atuação positiva no sentido de concretizar as prestações que são a si devidas<sup>189</sup>.

<sup>186</sup> SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 231-238.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p.238.

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p.47-48.

Estabelecer graduações quanto a concretização dos direitos, limites financeiros para a sua implementação, dar liberdade de conformação ao legislador quanto a criação de políticas públicas para a concretização de direitos e inviabilizar o controle judicial as políticas sociais e econômicas estabelecidas pelo poder legislativo, mostram-se tendências parcialmente superadas e que devem ser analisadas no caso em concreto, de forma pormenorizada, em se considerando que não podem figurar como justificativa para a redução ou negativa de eficácia dos direitos constitucionalmente previstos<sup>190</sup>.

O Estado Democrático de Direito prevê uma participação política na qual se estabelece uma justiça distributiva quanto aos direitos sociais e a sua previsão no arcabouço constitucional vigente lhe reveste de imperatividade, cabendo ao poder público envidar esforços no sentido de concretiza-los. A partir do momento em que a Constituição positivou e subjetivou os direitos sociais, incluindo com isso elementos sócio- ideológicos ao texto, os mesmos adquiriram dimensão jurídica, demonstrando o compromisso firmado pela constituição vigente<sup>191</sup>.

Nesse sentido Canotilho dispõe:

O fazer algo a favor de alguém não é simplesmente um imperativo moral; é juridicamente, um direito com a consequente obrigatoriedade de sua realização. Tendencialmente, afirma-se que ter um direito é ter uma necessidade, cuja satisfação é exigido pelas normas do sistema jurídico. Com isto, aponta-se para uma clara superação das teorias voluntaristas. Elas já eram já dificilmente compatíveis com alguns direitos, liberdades e garantias clássicas (exemplo: direito à igualdade perante a lei, direito ao habeas corpus), e são, sem dúvida elementos inadequados para fornecer o alicerce teórico dos direitos a prestação<sup>192</sup>.

Os direitos sociais de caráter marcadamente prestacional embora entendidos como normas de eficácia limitada de natureza programática, não devem ser entendidos como dispositivos desprovidos de eficácia. A Constituição Federal de 1988 ao prevê-los almejou justamente a proteção das parcelas menos desenvolvidas da sociedade e que por conseguinte necessitavam de um proteção mais efetiva. Almejando com isso acesso igualitário a serviços essenciais. Sem referidas garantias o cidadão brasileiro estaria desprovido de uma vida digna<sup>193</sup>.

Porém, o que se vê apesar da previsão constitucional é uma resistência muito grande quanto a efetiva concretização dos direitos sociais ao fundamento de que o mesmo deteria uma

---

<sup>190</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p.105-111.

<sup>191</sup> CANOTILHO, J.J Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.19.

<sup>192</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p.48.

<sup>193</sup> *Ibidem*, p.53-59.

natureza vaga, de conteúdo indefinido, enquadrando-os no conceito de normas programáticas e que por isso ficam a discricionariedade da administração quanto a sua implementação. Concepções teóricas que não guardam mais compatibilidade com o texto constitucional, bem como a concepção social vigente<sup>194</sup>.

A Constituição chamou para o Estado a responsabilidade quanto a implementação dos direitos sociais, pois viu a necessidade que grande parcela da sociedade tinha no que se refere a serviços básicos, as desigualdades se mostravam evidentes e gritantes, ensejando a necessidade da atuação do poder público no sentido de assegurar direitos básicos como educação e saúde, permitindo com isso a redução das disparidades existentes e conseqüentemente uma igualação entre os cidadãos dentro da sociedade.

De forma que a tentativa de inviabilizar a implementação dos direitos sociais que exigem uma prestação estatal para a sua concretização fazem com que a Constituição se torne letra morta, além de serem completamente destituídos de legitimidade constitucional. Sem políticas públicas no âmbito social os cidadãos permaneceriam em um situação de vulnerabilidade, em um quadro de desigualdade sistêmico<sup>195</sup>.

Referidas concepções que almejam inviabilizar a concretização dos direitos sociais detém nítido caráter ideológico, se apegando os indivíduos a fatores pontuais de determinada teoria justamente para impedir a criação de políticas públicas ou inviabilizar a criação de políticas públicas eficientes, que solucionem ou minorem os problemas sociais. Permanecendo o direito em uma retórica inútil, que não contribuía em nada para a implementação dos direitos sociais que exigem uma prestação estatal<sup>196</sup>.

Dessa forma, entendimentos que defendem a ausência de direito subjetivo quanto a implementação de direitos sociais, a ineficácia desses direitos, o seu caráter de vagueza e indeterminação e a existência de custos excessivos quanto a sua implementação devem ser rechaçados. Viabilizando uma mudança de perspectiva de análise, afastando com isso o fardo individualista e liberal, dos tempos da industrialização, em face de visão social e coletiva de melhoria das condições educacionais, sanitárias e de saúde pública, tão prementes, em uma sociedade onde o básico ainda não se mostra acessível a toda população. O poder público deve

---

<sup>194</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p.48, p.99-102.

<sup>195</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.696.

<sup>196</sup> Ibidem, p.697-698.

assumir a atribuição constitucional que a si foi repassada e implementar através das políticas sociais e econômicas os direitos expressamente previstos no texto constitucional<sup>197</sup>.

### 2.3 Teoria dos custos, reserva do possível e mínimo existencial

Ao se analisar a classificação quando a eficácia das normas constitucionais constatou-se a existência de uma problemática acerca do grau de eficácia que os direitos sociais deteriam. De forma que aos mesmos seria dada a mínima eficácia levando em conta a vagueza de sua previsão no texto constitucional, o caráter programático da norma que a prevê, a existência de custos quanto a sua implementação e a limitação de gastos baseados no Princípio da Reserva do Possível. Pressupostos que se mostram equivocados principalmente no que se refere aos custos necessários para a sua implementação e a aplicação da reserva do possível, que se resume nessa perspectiva ao mínimo existencial.

A vagueza ou indeterminismo do direito no texto constitucional estaria diretamente relacionada ao fato de que os direitos sociais são previstos de uma forma ampla o que para alguns poderia inviabilizar a sua implementação pela falta de parâmetros fixos, deixando ao livre alvedrio do legislador definir os seus devidos contornos. O que inviabilizaria inclusive a existência do direito subjetivo em exigir junto ao poder judiciário a concretização do direito constitucionalmente previsto. Porém, para alguns o indeterminismo quanto aos contornos do direito não pode significar uma limitação quanto a sua implementação, tendo em vista que a proposta deve ser entendida justamente no sentido de que o legislador crie políticas sociais e econômicas em atendimento as necessidades da população a época de sua criação, e a medida que as necessidades mudem a legislação vá evoluindo e se adequando as novas exigências sociais<sup>198</sup>.

A classificação dos direitos sociais como norma de eficácia limitada na modalidade programática não os destitui de eficácia jurídica afinal, constitui dever do Estado através de políticas sociais e econômicas regulamentar a forma de exercício dos referidos direitos almejando a sua devida implementação e concretização. Caso o poder público permaneça inerte em sua atribuição constitucional de estabelecer as políticas públicas previstas o cidadão poderá

---

<sup>197</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.703-707.

<sup>198</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p.99-102.

se socorrer ao poder judiciário e com fundamento na omissão exigir a sua devida implementação. A omissão do poder público não pode figurar como instrumento de privação de direitos e aumento da desigualdade social. Sem a adoção de providências no sentido de concretizar direitos sociais muito pouco se fará para reduzir o abismo social existente e por conseguinte assegurar uma vida digna aos cidadãos.

Nesse sentido, Abner Duarte Alves e Josué Mastrodi assim discorrem:

Assim, a Constituição Federal, quando dispõe sobre a realização, por meio dos direitos sociais, da justiça social- mesmos nas normas chamadas programáticas- está, na verdade imperativamente constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la<sup>199</sup>.

Constata-se que a classificação dos direitos sociais quanto à eficácia em normas programáticas não lhe retira a sua imperatividade e a necessidade do poder público em adotar providencias quanto a sua implementação, almejando com isso reduzir as desigualdades sociais e regionais existentes e viabilizar os postulados da dignidade da pessoa humana.

No que se refere a alegação de que os custos constituem entrave para implementação dos direitos sociais faz-se necessário inicialmente uma digressão acerca das gerações dos direitos fundamentais. Levando-se em conta que a divisão em gerações dos direitos contribuiu para a classificação da dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais, nos quais se incluem os direitos de defesa e de prestação.

A teoria das gerações dos direitos fundamentais foi proferida pela primeira vez pelo jurista Karel Vasak, em 1979 quando realizava a Aula Inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, onde apontou a existência das gerações de direitos relacionadas ao lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). A liberdade estaria relacionada com os direitos de primeira geração nos quais se incluiriam os direitos civis e políticos. A igualdade aos direitos de segunda geração nos quais se incluiriam os direitos econômicos, sociais e culturais. E fraternidade aos direitos de terceira geração que transcenderiam a pessoa do indivíduo para atingir a sociedade globalmente considerada<sup>200</sup>.

Antes de adentrar a classificação dos direitos em gerações faz-se necessário tecer um crítica ao termo gerações pois, cria a falsa impressão de que uma geração poderia substituir a outra. Os direitos fundamentais evoluem em um ciclo de progressão, regressão, expansão,

---

<sup>199</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.706.

<sup>200</sup> Ibidem, p.707

cumulação e fortalecimento de maneira que nenhuma etapa substitui a outra, como algo estanque. Os direitos vão sendo criados e englobados ao ordenamento, não havendo superioridade entre um em face do outro e sem obedecer uma ordem de evolução pré-determinada. Dessa forma, se entende mais adequado a utilização da expressão dimensão e não geração de direitos fundamentais<sup>201</sup>.

A geração dos direitos fundamentais é dividida em três dimensões, mas para alguns autores pode vir a deter até uma quarta ou quinta dimensão. Os direitos de primeira geração foram criados nas primeiras constituições escritas, na qual o pensamento liberal burguês de cunho individualista predominava. Justamente por adotar um viés individualista os direitos eram fruto do indivíduo frente ao Estado, caracterizados como direitos de defesa, no qual a intervenção do Estado se mostrava mínima, sendo por isso classificado como direito negativo. Nessa época se entendia que o Estado não deveria agir em benefício do cidadão, mas se abster viabilizando assim a livre economia de mercado. Exemplos de direitos consagrados a época foram o direito à liberdade, igualdade, propriedade e a vida<sup>202</sup>.

Os direitos de segunda geração advindos do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos, nos quais se reivindicavam reconhecimento de direitos e melhorias sociais, exigem a adoção de um comportamento ativo por parte do Estado. O Estado então, abandona a sua posição de inércia e procura através de políticas públicas trazer o bem estar a sociedade. Ocorre uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Criam-se os direitos de cunho positivo, que exigem um agir estatal almejando a igualdade material. Os direitos de segunda geração se caracterizam não só por trazer direitos de cunho positivo, mas também por ter previsto as liberdades sociais nas quais se incluem direito de greve, de sindicalização e direitos trabalhistas. Cabe ressaltar, porém, que embora os direitos de segunda geração tragam direitos de caráter positivo, que exigem um agir estatal, o mesmo ainda detém como centro o indivíduo, sem qualquer perspectiva de direito difuso ou coletivo<sup>203</sup>.

Os direitos de terceira geração por sua vez, são denominados de direitos da solidariedade ou da fraternidade pois, não se voltam a pessoa como indivíduo individualmente considerado, detém uma titularidade coletiva ou difusa. Nos quais se incluem os direitos a paz, a

---

<sup>201</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.45-46.

<sup>202</sup> Ibidem, p.46-50.

<sup>203</sup> Ibidem, p.45-46.

autodeterminação dos povos, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural. Referidos direitos exigem a criação de novas técnicas de garantia e proteção por fazerem uso de direitos que tem importância não são a nação brasileira com a todo o mundo. Justamente por ter essa visão global os direitos de terceira geração ainda apresentam baixa concretização no ordenamento jurídico interno, ocupando importância no cenário internacional através de tratados e outros documentos de caráter transnacional<sup>204</sup>.

Os direitos fundamentais são classificados majoritariamente em três dimensões mas, Paulo Bonavides entende que as classificação das dimensões dos direitos fundamentais não se encerra na terceira dimensão podendo assumir uma quarta ou até mesmo quinta dimensão. Na quarta dimensão estariam situados os direitos referentes a globalização e na quinta dimensão os direitos a paz demonstrando a relevância que o assunto detém em âmbito nacional e internacional<sup>205</sup>.

Dá análise da classificação proposta constata-se que os direitos fundamentais de primeira e segunda geração são divididos entre direitos de defesa e direitos a prestação. De forma que os direitos de defesa são entendidos sob uma visão negativa, ou seja, a sua implementação não depende de um agir estatal, ao contrário o Estado deve se abster justamente para viabilizar o exercício dos direitos pelos cidadãos. Os direitos a prestação por sua vez estariam relacionados a uma atuação positiva por parte do poder público no sentido de criar políticas públicas viabilizando a sua concretização, ou seja, estariam relacionadas a um agir estatal<sup>206</sup>.

Ocorre que em decorrência da referida distinção se criou um equívoco afirmando-se que por serem direitos de defesa (negativos) não demandariam um agir estatal e por isso seriam desprovidos de custos para o Estado. Enquanto os direitos a prestação (positivos) exigiriam prestações materiais por parte do poder público, sendo dessa forma dispendiosos. Seguindo essa forma de classificação nos direitos de defesa o Estado deveria permanecer inerte justamente para respeitar os bens e interesses dos indivíduos, só intervindo em situações expressamente previstas em lei e para proteger o patrimônio particular. Os direitos fundamentais de defesa seriam direitos relacionados a uma omissão<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-46.

<sup>205</sup> Ibidem, p.50-52.

<sup>206</sup> Ibidem, p.290-292.

<sup>207</sup> Ibidem, p.290-292.

Os direitos a prestação por sua vez, estariam relacionados a um agir estatal, cabendo ao Estado através de políticas públicas fornecer os meios materiais e condições fáticas para possibilitar o exercício das liberdades fundamentais. Referido período representa a transição do modelo liberal-burguês para o Estado Democrático e Social de Direito, devendo o Estado adotar providências no sentido de assegurar o bem estar dos seus cidadãos através de um postura ativa<sup>208</sup>.

Em decorrência da distinção entre os grupos dos direitos fundamentais em direito negativos (de defesa) nos quais se incluem os direitos civis e políticos e os direitos positivos (de prestação) relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais criou-se por parte da doutrina a concepção de que os direitos negativos não demandariam custos ao Estado enquanto os direitos positivos demandaria uma grande gastos de recursos públicos, tendência esta que mostra-se superada pois todos os direitos fundamentais geram custos, ou seja demandam alguma prestação por parte do poder público para a sua efetivação. Demonstrando que a opção dessa conceituação é criar uma visão político-social destituída de veracidade e que compromete a efetivação dos direitos sociais<sup>209</sup>.

Felipe de Melo Fonte assim dispõe:

Percebe-se aqui a fina ironia perpetuada através dos tempos: também os direitos negativos implicam gastos para o Estado- em alguns casos, até bastante elevados -, só que esta consideração jamais entrou em jogo nas demandas judiciais e na discussão jurídica como um todo. Seria o caso de aplicar também a reserva do possível a eles? A resposta é negativa. Reconhecer que todo direito tem um custo não resolve o problema dos direitos sociais, mas revela que tem um forte componente ideológico na questão. Mas é preciso deixar claro que, embora na maioria dos casos os direitos de defesa sejam menos custosos que os direitos a prestação, nos dois casos há custos envolvidos, e, a priori, nada justifica uma precedência daqueles sobre estes<sup>210</sup>.

Criou-se uma dualidade entre os direitos positivos e negativos do ponto de vista didático que não guarda adequação com a realidade existente. O que demonstra uma visão distorcida do papel e funcionamento da máquina estatal, mantendo uma concepção liberal, voltada apenas aos direitos de primeira geração, protegendo a autonomia da vontade e a propriedade privada. Ou seja, constata-se que os custos dos direitos não são claramente visualizados, de maneira que a máquina jurídico-burocrática, bem como o sistema econômico produtivo giram em torno da concretização e proteção dos direitos da liberdade. O que leva a crer que os direitos da liberdade,

---

<sup>208</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 290-292.

<sup>209</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.709-710.

<sup>210</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.140.

por figurarem como pressuposto do Estado de Direito, seus custos não se mostram visíveis ou identificados, integrando o custo da manutenção da própria máquina estatal<sup>211</sup>.

Porém, ao que se observa tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos sociais e culturais possuem obrigações positivas e negativas a serem desempenhadas pelo Estado. Ao se analisar os direitos de primeira geração observa-se que o Estado se abstém de atuar em certos âmbitos, mas deterá inúmeras outras obrigações nas quais terá que agir, adotar um conduta positiva, justamente para garantir e proteger referidos direitos, evitando com isso prejuízos causados por terceiros e pelo poder público. No mesmo sentido, ocorre com os direitos de segunda geração que inicialmente demandam um agir estatal na implementação de direitos como a saúde e a educação, mas em certos momentos também ensejam o não agir, como uma forma justamente de proteger o direito já assegurado, inviabilizando com isso o retrocesso. Constata-se que os direitos de primeira e segunda geração se distinguem, mas não podem apresentar diferenciação do ponto de vista da eficácia e da efetividade, sendo isto fruto da um construção política equivocada<sup>212</sup>.

José J. Gomes Canotilho assim dispõe:

Mas, esta dimensão de prestação do Estado não está totalmente ausente nos direitos de defesa (Abwehrrecht), pois, como ressalta claramente os exemplos (1), (3), (4), (5) e (7), o dever de abstenção do Estado não dispensa este de criar órgãos, agentes, procedimentos e processos para o cidadão assegurar e garantir, perante o próprio Estado, o seu espaço de autodeterminação e de liberdade de decisão<sup>213</sup>.

A diferenciação entre os direitos positivos e negativos parte de uma premissa equivocada de forma que os direitos relacionados a liberdade não seriam puramente negativos, demandando em alguns momentos da atuação do poder público para a sua concretização e, por conseguinte de dotações orçamentárias, de forma que a concretização de um direito ou do outro provém de uma opção político-social<sup>214</sup>.

A premissa que cria a diferenciação entre os direitos de primeira e segunda geração se baseiam na aparente ausência de custos na proteção de alguns direitos, adotando uma posição de prestígio e máxima efetividade aos direitos estritamente individuais em detrimentos dos direitos sociais, o que demonstra uma opção ideológica acobertada pela ignorância, podendo-

<sup>211</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.710-714.

<sup>212</sup> Ibidem, p.710-714.

<sup>213</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008, p.78.

<sup>214</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.711-712.

se até falar em um receio velado de que as discussões acerca dos custos direitos diminuam o comprometimento com a sua proteção<sup>215</sup>.

Nesse sentido Josué Mastrodi e Abner Duarte Alves assim discorrem:

Os mencionados juristas demonstram que os direitos tipicamente individuais não existem sem prestações estatais positivas, pois dependem de um acervo normativo de vários níveis hierárquicos (leis, regulamentos, portarias etc.) de criação perene por parte dos agentes públicos, bem como a proteção geral desses direitos depende cotidianamente da atuação de agentes governamentais (policiais, bombeiros, fiscais), sendo todos esses agentes mantidos pelo Erário, por força da arrecadação de tributos. Ademais os demais titulares desses direitos dispõem de instrumentos jurídicos, evidentemente de natureza positiva, para respectiva proteção específica em face de eventuais violações. Dessa forma, a teoria dos autores norte-americanos postula que tanto os direitos positivos quanto os negativos demandam recursos, pois exigem uma atuação do Estado, que é intrinsecamente dependente de cobrança de tributos, primordial fonte de renda de qualquer Administração pública<sup>216</sup>.

O que demonstra a necessidade de superação da dicotomia existente entre os direitos negativos, primeira geração e dos direitos positivos, segunda geração, baseada apenas em custo dos direitos pois, referida distinção só contribui para o enfraquecimento dos direitos sociais, conduzindo-os a inefetividade e encobrendo a justiça distributiva adotada, mantendo-a sob a falsa aparência de neutralidade dos critérios de distribuição de bens, perpetuando o favorecimento de uma pequena fatia da sociedade, em detrimento dos demais<sup>217</sup>.

Feita a necessária digressão acerca da distinção entre os direitos positivos e negativos, faz-se necessária a abordagem da teoria da reserva do possível no que se refere a concretização dos direitos sociais prestacionais. Viabilizando assim, a análise dos benefícios ou malefícios que esta teoria possa ter causado na concretização dos direitos sociais no âmbito do direito constitucional pátrio.

A teoria da reserva do possível teve origem na Alemanha em 1970, em um caso submetido ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em que se discutia o direito de acesso ao ensino superior e no qual ficou decidido que os direitos a prestação somente seriam exigíveis em relação ao que o indivíduo poderia esperar da sociedade, impossibilitando ao mesmo exigir algo superior a um limite básico social. De forma que os direitos fundamentais prestacionais estariam limitados as capacidades materiais do Estado, ou seja na dependência de

---

<sup>215</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.711-712.

<sup>216</sup> Ibidem, p.713-714.

<sup>217</sup> Ibidem, p.710-714.

recursos financeiros, que ficavam no campo da atuação discricionária das decisões administrativas e parlamentares<sup>218</sup>.

Ocorre que referida teoria foi incorporada a doutrina brasileira acriticamente, sem qualquer adaptação que levasse em conta a realidade social, política e econômica do Brasil. A reserva do possível então, foi utilizada como fundamento para proteger o poder público quanto aos deveres constitucionais que sobre si recaem, principalmente no que se refere aos direitos sociais prestacionais. A reserva do possível embora limite a efetivação dos direitos em escala ampla, não pode ter o seu discurso banalizado para inviabilizar a concretização dos direitos sociais, principalmente em se considerando a importância que os mesmos detêm na eliminação das desigualdades e no resguardo a dignidade da pessoa humana<sup>219</sup>.

A reserva do possível acabou sendo utilizada no direito brasileiro como um escudo a concretização dos direitos sociais prestacionais, legitimando assim o entendimento de que os direitos de primeira geração por não deterem custos estariam imunes a referida teoria, enquanto os direitos sociais por demandarem recursos materiais e financeiros estariam limitados as disponibilidades orçamentárias do governo, pensamento este que como visto não guarda compatibilidade em se considerando que todos os direitos detêm custo. A simples alegação da inexistência de recurso orçamentários baseada na teoria da reserva do possível não pode ser acolhida, pois exige demonstração cabal da inexistência de recursos<sup>220</sup>.

O poder público deve comprovar de forma clara a impossibilidade de se adimplir determinado direito sob pena dos direitos sociais tornarem-se letra morta, padecendo de inefetividade social e normativa, o que em última análise irá manter a opção político-ideológica e os critérios tradicionais de alocação de recursos e distribuição de bens.

Há que se ressaltar ademais que, parcela da doutrina, em sentido contrário a reserva do possível, vem defendendo a aplicação do mínimo existencial aos direitos sociais prestacionais, reconhecendo um núcleo essencial dos direitos fundamentais que deteria a natureza de direito subjetivo a prestações positivas consideradas indispensáveis para uma vida com dignidade. De forma que, o cidadão desprovido de serviços considerados básicos e essenciais, através do seu

---

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.293-297.

<sup>219</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.714-715.

<sup>220</sup> Ibidem, p.714-717.

direito subjetivo pode exigir a implementação de tais direitos, não podendo contra si ser oposto argumentos de índole financeira e orçamentária<sup>221</sup>.

Ainda que o mínimo existencial contribua para a implementação da eficácia essencial e mínima dos direitos sociais prestacionais o mesmo pode apresentar problemas em decorrência da ausência de um conteúdo definido do que pode-se entender por mínimo existencial e por relegar a discussão dos direitos sociais a dicotomia reserva do possível e mínimo existencial. Dar conteúdo e alcance ao mínimo existencial não é uma tarefa fácil, pois detém um padrão valorativo variável, nos quais aspectos econômicos, sociais, espaciais e históricos são levados em conta, até mesmo o tempo influencia quanto a seu alcance. De forma que criar um entendimento acerca da sua conceituação para ser aplicado aos órgãos do poder judiciário e legislativo não se mostra uma tarefa fácil<sup>222</sup>.

Relegar a aplicabilidade dos direitos sociais a dicotomia da reserva do possível e ao mínimo existencial, implicará na transformação dos direitos sociais como direitos de segunda geração em direitos de primeira geração, reduzindo a sua implementação ao mínimo existencial. O que contribuirá para a aniquilação ou perda de eficácia dos direitos sociais, relegando o projeto constitucional a letra morta, além de permitir a perpetuação de desigualdades que em nada contribuem para o desenvolvimento do país<sup>223</sup>.

A reserva do possível não pode ser utilizada como um impedimento a eficácia dos direitos sociais, cabendo ao julgador, realizar a efetiva análise da real disponibilidade econômica financeira do Estado para implementar determinado direito social prestacional, pois a ação do poder judiciário poderá tutelar lesão ou ameaça a direito proveniente de políticas públicas ou da ausência delas. Inibindo com isso a postura do poder público em se utilizar da teoria para inviabilizar o acesso aos direitos constitucionalmente previstos<sup>224</sup>.

Ingo Wolfgang Sarlet assim discorre:

Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira

---

<sup>221</sup> MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016, p.714-717.

<sup>222</sup> Ibidem.

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> Ibidem.

intransponível mas inclusive como ferramental para garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional<sup>225</sup>.

A reserva do possível, portanto, deve ser utilizada com razoabilidade, analisando se as limitações orçamentárias e materiais realmente mostram-se presentes no caso concreto, evitando com isso o sacrifício na efetividade dos direitos sociais prestacionais. Funcionando o princípio da máxima eficácia e efetividade como ferramenta para a devida implementação dos direitos sociais. Só assim a teoria da reserva do possível atenderá a realidade jurídica brasileira, pois as necessidades sociais ainda são grandes e precisam da devida concretização através de políticas públicas.

#### 2.4 Evolução jurisprudencial acerca do direito à saúde;

O direito a saúde por ser conceituado como uma norma de eficácia limitada de caráter programático, ou seja, que depende de integração legislativa para a obtenção da sua eficácia plena e por necessitar como qualquer outro direito de dispêndio de recursos para a sua implementação, detém no âmbito da jurisprudência pátria uma evolução de entendimentos acerca da sua concretização/implementação.

Nos idos de 1990 o entendimento predominante, como se observa no Recurso em Mandado de Segurança nº 6.564/RS<sup>226</sup>, é que o direito à saúde por ser norma constitucional meramente programática não tem seu objeto e extensão delimitado, necessitando por isso de legislação integrativa. Até que seja criada a legislação complementar referidos direitos não teriam força suficiente para se desenvolverem, comprometendo com isso a sua efetiva implementação. Não detendo inclusive direito subjetivo em ir a juízo contra o Estado, por se entender que o ente público não possuiria qualquer obrigação.

No caso em apreço tratava-se de pedido de uma menor impetrante que encontrava-se hospitalizada, desde o seu nascimento, por deter a “Síndrome da Hipoventilação Alveolar Central” e necessitava de um aparelho de marca passo negado pelo Estado do Rio Grande do Sul ao fundamento de que a solicitação não detinha amparo legal e que a Secretaria de Saúde não teria verbas para a aquisição do medicamento. Pretensão a qual foi negada a segurança e

---

<sup>225</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.296.

<sup>226</sup> RMS n.6564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 23.05.1996. Disponível em stj.jus.br. Consulta em 03.2018.

negado o provimento ao recurso por se entender que não havia direito juridicamente tutelável por ausência da legislação complementar e previsão orçamentária para a realização da despesa.

Ministro Demócrito Reinaldo em seu voto assim discorre:

In casu, consoante se observa da inicial e demais peças do processo, a impetrante, invoca, em favor de sua pretensão, regras constitucionais (art.6º, 195, 196, 204 e 227) que, na lição dos constitucionalistas, constituem “normas programáticas”, ou, em outras palavras, “normas de eficácia limitada”. Essas normas, embora tenham imediata aplicação, “não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente”- ou não dispõem de eficácia plena, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de normatividade ulterior- ou de legislação complementar<sup>227</sup>.

O entendimento prevalente à época é que o direito à saúde seria uma norma de caráter programático, sem força para produzir todos os seus efeitos integralmente e conseqüentemente o cidadão não deteria direito subjetivo de ir a juízo requerer a implementação do direito constitucionalmente previsto, ressaltando-se inclusive o ponto de vista orçamentário quanto a impossibilidade de realizar despesas não previstas nas leis orçamentárias.

Em meados de 2000, porém, essa perspectiva começa a mudar, ao que se observa do Recurso Extraordinário 195.192-3 em que se discute a obrigação do Estado do Rio Grande do Sul em fornecer o medicamento necessário ao tratamento da doença Fenilcetonúria, fabricado exclusivamente nos Estados Unidos da América e Suíça<sup>228</sup>. O Estado desenvolveu como principais linhas argumentativas o não cabimento do mandado de segurança para compelir o ente estadual a fornecer o fármaco pleiteado, inexistência de direito líquido e certo pois não houve negativa de fornecimento no âmbito administrativo, eficácia limitada e reduzida da norma e aplicabilidade indireta do direito à saúde.

Tais argumentos foram devidamente rechaçados ao entendimento de que a parte teria comprovado a necessidade de uso do fármaco e os sérios riscos de saúde as quais estava sujeita sem o uso do medicamento prescrito. O Estado deve assumir as atribuições que sobre si recaem não podendo sob argumentos de índole orçamentária inviabilizar a concretização de direitos constitucionalmente previstos.

<sup>227</sup> RMS n.6564/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 23.05.1996. Disponível em stj.jus.br. Consulta em 18.3.18.

<sup>228</sup> MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (RE 195192, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 22/02/2000, DJ 31-03-2000 PP-00057 EMENT VOL-01985-02 PP-00266). Disponível em stf.jus.br. Acesso em 03.2018

No mesmo sentido encontram-se o RMS 11183/PR e o RE 271.286/RS. O Recurso em Mandado de Segurança nº 11183/PR foi manejado em face de decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que denegou mandado de segurança manejado em face do Secretário de Saúde do Paraná para fornecimento do medicamento Riluzol para tratamento da Esclerose Lateral Amiotrófica- ELA<sup>229</sup>. Os argumentos lançados pelo ente estatal é que caso fosse assegurado o fornecimento da medicação pleiteada haveria a desestabilização das previsões orçamentárias, possibilidade de punição do administrador pelo manuseio de verbas públicas sem a competente autorização, falência institucional e anarquia entre os poderes.

Teses que não foram acolhidas por se entender que deve-se dar prioridade a dignidade da pessoa humana quando da interpretação dos preceitos constitucionais. A vida deve ser vista como o bem mais precioso e atributo do ser humano. Pois, sem vida os demais valores sociais perdem importância, significado, proveito. A vida é pressuposto necessário para as atividades e a doença constitui um perigo para a própria existência. O administrador não pode se apegar a letra fria da lei, principalmente em se considerando os preceitos maiores previstos no texto constitucional, direito à saúde, à vida e a dignidade humana. No caso em apreço a impetrante comprovou a necessidade de uso do fármaco pleiteado, sendo o único com eficácia comprovada para tratamento da doença pela qual padece, encontrando-se disponível para a aquisição, motivo pelo qual foi imposto ao Estado a obrigações de fornecê-lo, consagrando o direito à saúde como direito fundamental, expressamente previsto no texto constitucional.

O Recurso Extraordinário 271.286/RS de relatoria do Ministro Celso de Melo foi apresentado para revogar a decisão que determinou a distribuição de medicamentos para tratamento de HIV para pessoas carentes de forma gratuita, a entidade municipal argumentou que tal decisão ofende a separação dos poderes e cria despesas orçamentárias não previstas nas leis orçamentárias. Argumento que foi rechaçado por se entender que o direito subjetivo a saúde constitui prerrogativa disponível a todo cidadão, não podendo a classificação do direito à saúde em norma programática, torna-la promessa constitucional inconsequente<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> RMS 11.183/PR. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 22.08.2000. Disponível em stj.jus.br. Acesso em 03.2018.

<sup>230</sup> E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas

Nesse sentido discorre o relator Ministro Celso de Mello:

Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246- SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art.5, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo- uma vez configurado esse dilema- que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes<sup>231</sup>.

O direito à saúde pelo novo entendimento firmado pelas cortes superiores apesar de deter a característica de norma constitucional de eficácia limitada de caráter programático assume o atributo de direito subjetivo, o que enseja sua defesa no âmbito judicial em caso de inércia por parte dos poderes executivos e legislativos na concretização do direito constitucionalmente previsto. O Judiciário então, assume, em caso de inércia da administração em implementar as políticas públicas devidas, a atribuição de concretizar direitos que mostram-se essências a própria vida do cidadão.

Ocorre que após essa fase em que o poder judiciário começou a reconhecer o direito à saúde como um direito subjetivo apto a ser tutelado jurisdicionalmente para o resguardo do direito à vida, observa-se uma tendência por parte do órgãos jurisdicionais em perquirir a comprovação científica da eficácia dos medicamentos para o tratamento solicitado, bem como

---

que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409). Disponível em stf.jus.br. Acesso em 03.2018.

<sup>231</sup> RE 271.286/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 12.09.2000. Disponível em stf.jus.br. Acesso em 03.2018.

a obrigatoriedade ou não de o poder público em fornecer medicamentos não inclusos dentro da Relação de Medicamentos elaborada pelo Sistema Único de Saúde.

No Mandado de Segurança nº 8.895/DF o paciente pleiteou a realização de tratamento em Cuba para a doença retinose pigmentar, ao fundamento de que através desse tratamento obteve significativa melhora e que não detinha possibilidade de custeá-lo. Os julgadores entenderam por denegar a segurança por ausência de comprovação médico científica do tratamento realizado no exterior<sup>232</sup>. A Suspensão de Segurança nº 3073 foi apresentada em face de decisão que determinou ao Estado do Rio Grande do Norte o fornecimento do medicamento Rituximabe arguindo em breve síntese grave lesão à economia pública, impossibilidade de o poder judiciário efetivar direito sem que haja meios materiais para fazê-lo e caráter experimental do medicamento<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Ementa: ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR.

1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da "retinose pigmentar" no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado. (MS 8.895-DF. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 22.10.2003). Disponível em stj.jus.br. Acesso em 03.2018.

<sup>233</sup> DECISÃO: 1. O Estado do Rio Grande do Norte, com fundamento no art. 4º da Lei 4.348/64, requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no TJ/RN, que determinou àquele ente federado o fornecimento dos medicamentos Mabithera (Rituximabe) + Chop ao impetrante, paciente portador de câncer, nos moldes da prescrição médica. O requerente sustenta, em síntese: a) inadequação do mandado de segurança, pois, "em caso de pedido de medicamentos, é necessária perícia que verifique a plausibilidade da indicação médica feita pelo médico particular" (fl. 5); b) ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, porquanto a liminar impugnada viola o princípio da legalidade orçamentária (Constituição da República, art. 167), certo que "o Estado não tem previsão orçamentária para suprir a população com todos os medicamentos que esta demande, não podendo arcar com o provisionamento integral de fármacos de que necessite cada cidadão residente no território estadual" (fl. 10). Nesse contexto, ressalta a necessidade de observância da cláusula da reserva do financeiramente possível e o fato de que os medicamentos requeridos não estão inseridos no âmbito do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, estabelecido, por intermédio do Poder Executivo, conjuntamente pela União, Estados e Municípios; c) impossibilidade de o Poder Judiciário "c) impossibilidade de o Poder Judiciário "desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto" (fl. 12). Além disso, aduz que não se nega a fornecer todo e qualquer medicamento ao impetrante, apenas propõe a indicação de outros similares, uma vez que o medicamento solicitado não se encontra relacionado na lista do Ministério da Saúde; d) caráter experimental do medicamento pleiteado (Rituximabe), o qual se encontra em estudo "em razão de pesquisas haverem concluído que ele proporciona o aparecimento de hepatite nos pacientes que o utilizam" (fl. 15). 2. A Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte determinou a remessa dos autos a esta Corte (fls. 36-38). 3. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento do pedido (fls. 45-46). 4. Inicialmente, reconheço que a controvérsia instaurada no mandado de segurança em apreço evidencia a existência de matéria constitucional: alegação de ofensa aos arts. 6º e 196 da Constituição da República e aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Dessa forma, cumpre ter presente que a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional (art. 297 do RISTF, c/c art. 25 da Lei 8.038/90), conforme firme jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 475/DF, rel. Ministro Octavio Gallotti, Plenário, DJ 22.4.1994; Rcl 497-AgR/RS, rel. Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. 5. A Lei 4.348/64, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar

A suspensão de segurança foi acolhida por se entender que o medicamento não estava incluído na lista de medicamentos elaborados pelo Ministério da Saúde, detinha um alto custo e não possuía eficácia comprovada. No entendimento da Ministra Ellen Gracie não se mostra justo e nem equânime que ao poder público seja imposto o custeio de um tratamento de alto custo a determinada pessoa, sem eficácia comprovada, podendo ensejar prejuízos a prestação de outros serviços essenciais a totalidade da população.

No agravo regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Estado do Ceará também se observa a preocupação em se comprovar a efetiva eficácia da medicação para o tratamento da doença alegada pela parte. A União Federal através do agravo regimental questiona decisão que não deferiu a suspensão de tutela antecipada referente ao fornecimento do medicamento Zavesca a paciente portador de niemann-pick tipo c, doença neurodegenerativa rara, argumentando que a decisão ofende a separação dos poderes, as normas e regulamentos do SUS, desconsidera a atribuição da administração em definir as políticas públicas, ausência da comprovação da eficácia do fármaco para tratamento da doença alegada e o grande impacto que os custos desse medicamento vão ocasionar na prestações de outros serviços a totalidade da população<sup>234</sup>.

---

devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado "efeito multiplicador" (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência. Publique-se. Brasília, 09 de fevereiro de 2007. Ministra Ellen Gracie Presidente (SS 3073, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE, julgado em 09/02/2007, publicado em DJ 14/02/2007 PP-00021). Disponível em stf.jus.br. Acesso em 03.2018.

<sup>234</sup> EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega

Argumentos que foram rechaçados pelo Ministro Gilmar Mendes em se considerando que os direitos fundamentais devem ser objeto de proteção, nos casos em que o poder público deixa de criar uma política pública ou a cria de forma deficiente, inviabilizando com isso a concretização de direitos constitucionais. Ressalvando que todos os direitos fundamentais sejam eles sociais, civis e políticos possuem custos e conseqüentemente gasto de dinheiro público, de forma que o entendimento de que só os direitos sociais geram custos é falacioso, incorreto. Os direitos sociais embora possuam natureza de norma programática, possuem eficácia e devem ser implementados sob pena de se tornarem uma promessa constitucional inconsequente. A Constituição deve ser assegurada sua força normativa, cabendo aos administradores através das políticas públicas instituídas definir como os recursos serão gastos e em caso de conflito o judiciário intervir aplicando a ponderação de interesses em jogo.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 45 embora tenha perdido o seu objeto pois, questionava um veto do Presidente da República a dispositivo que tratava acerca dos gastos mínimos com saúde, ao qual teve lei posteriormente editada que o previu, mostra-se por demais relevante quando consigna que a inconstitucionalidade do poder público pode decorrer tanto de uma ação como omissão, que os direitos sociais possuem uma gradualidade quanto sua implementação, os direitos sociais embora se revistam de natureza programática não são uma promessa constitucional inconsequente e exigem uma prestação estatal positiva para a sua implementação. Ademais, discorre que a reserva do possível pode ser utilizada como fundamento para a negativa de um prestação referente aos direitos sociais, desde que se comprove a impossibilidade material, financeira de se fornecer o serviço e não através da manipulação de dados com o único intuito de burlar a concretização de direitos<sup>235</sup>.

---

provimento. STA 175-CE, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 17.03.2010. No mesmo sentido, STA 91-AL, STA 3382-RN, STA 162-RN e SL166-RJ. Todos disponíveis em [stf.jus.br](http://stf.jus.br). Acesso em 03.2018.

<sup>235</sup> EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental 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: “§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e

serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da presente ação constitucional sustenta 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. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) – supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: “Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: ‘Art.59..... § 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.’ (NR).” (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão – que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental – entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País – recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: “DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. .... - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item

---

n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar): “Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. Extremamente pertinentes, a tal

Faz-se necessário fazer referência ao Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 745.745/ MG em que se discute a manutenção da rede de assistência à saúde da

---

propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris): “A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD – ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator (ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191).(Disponível em [stf.jus.br](http://stf.jus.br). Acesso em 03.2018).

criança e do adolescente no Município de Belo Horizonte<sup>236</sup>. Em referido voto Ministro Celso de Mello consigna que a inconstitucionalidade pode ser dar por ação ou omissão, entendida a inconstitucionalidade por ação quanto o poder público adota políticas públicas em contrariedade ao texto constitucional e por omissão quando não cria políticas públicas ou o faz deficitariamente. O poder público embora detenha discricionariedade no que se refere a implementação de políticas públicas, possui limites justamente como uma forma de viabilizar a concretização de valores constitucionais, pois se assim não o fosse grande parte dos direitos sociais não seriam implementados.

Nessa perspectiva observa-se que com o decorrer dos anos a jurisprudência dos Tribunais Superiores promoveu um acesso maior as demandas concernentes aos direitos fundamentais sociais relacionados a saúde afastando argumentos relacionados a reserva do possível, e a natureza programática da norma, o que ensejou um amplo acesso da população através do poder judiciário dos serviços e políticas públicas relacionadas ao direito sanitário. O poder judiciário passou através de ações individuais e coletivas a tutelar os direitos relacionados a saúde de forma ampla, assegurando com isso que a ampliação quanto ao fornecimento de

---

<sup>236</sup> E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMPROVAR O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDISSIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014). No mesmo sentido RE 581.352-AM. (Ambos disponíveis em [stf.jus.br](http://stf.jus.br). Acesso em 03.2018).

medicamentos que encontravam-se ou não previsto na lista elaborada pelo Sistema Único de Saúde, o que ensejou o aumento da divergência<sup>237</sup>.

Por fim, cabe dispor acerca do RESP nº 1657156/RJ no qual o Superior Tribunal de Justiça pois fim a celeuma acerca da matéria referente a medicamentos que encontram-se fora da lista do SUS e experimentais definindo que a obrigatoriedade do poder público quanto ao fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS deve obedecer três critérios, quais sejam: comprovação por laudo médico fundamentado da imprescindibilidade do uso do medicamento, assim como a ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira do paciente em arcar com o tratamento e a existência de registro do medicamento junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que assegurou um amplo resguardo ao direito à saúde<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> APELAÇÃO CÍVEL - SUS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO COM REGISTRO NO ANVISA - ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS INDICADAS NÃO COMPROVADAMENTE EFICAZES - SUBSTITUIÇÃO IMPOSSÍVEL- FORNECIMENTO OBRIGATÓRIO. - O Estado tem a obrigação de prover a saúde pública, nos moldes do artigo 196 da Constituição Federal. Nesse sentido a Administração Pública fornece uma gama dos mais variados medicamentos aos pacientes do serviço público de saúde, sendo que, nos casos de tratamentos especiais, o particular deve comprovar sua necessidade de medicamento específico, comprovando, ainda, a ineficácia da droga provida pelo Ente Público. Comprovando o paciente que o medicamento pretendido é insubstituível, o mesmo deve ser fornecido pelo Estado, ainda que não conste de sua listagem. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0707.07.129346-8/001, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/03/2008, publicação da súmula em 13/05/2008). Disponível em: [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em: 19.06.2018.

<sup>238</sup> EMENTA ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães (voto-vista) e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Os direitos sociais possuem uma gradualidade de forma que a medida que as necessidades sociais evoluem a concretização dos direitos a acompanha, guardando correspondência com os anseios sociais. Negar concretização e implementação aos direitos sociais importa em aniquilação dos direitos constitucionalmente previstos, tornando letra morta o texto constitucional. O viés programático do direito social não pode ser utilizado com fundamento para a negativa de sua concretização, atuando o poder judiciário não como um órgão criador de políticas públicas e sim como concretizador de preceitos constitucionais, evitando com isso a erosão da consciência constitucional e o retrocesso social.

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros vem evoluindo na concretização do direito social à saúde reconhecendo a importância que o mesmo detém para a manutenção da vida e dos postulados da dignidade da pessoa humana. O simples fato de o direito a saúde ser conceituado como um direito social com eficácia limitada e com caráter programático não lhe retira a importância e a necessidade de implementação, evitando com isso a síndrome da inefetividade das normas constitucionais. O poder judiciário assume o papel de concretizar direitos constitucionalmente previstos e que não receberam a devida implementação pelos poderes executivos e legislativo.

Nesse sentido Lênio Streck assim discorre:

É nesse contexto que se assenta a legitimidade do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, não somente na especificidade própria dos tribunais *ad hoc*, mas na existencialidade (no sentido hermenêutico heideggeriano- gadameriano) dos pilares que fundamentam essa mesma noção. Enquanto existencial, o Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente (círculo hermenêutico), a legitimidade de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos (direitos sociais- fundamentais- e democracia) desse modelo de Estado de Direito. O caráter existencial do Estado Democrático de Direito passa a ser, nessa espiral hermenêutica, a condição de possibilidade do agir legítimo de uma instância encarregada de até mesmo- no limite- para viabilizar políticas públicas decorrentes de inconstitucionalidades por omissão e repetidamente, constituir-se tal instância- a justiça constitucional- como remédio (por vezes amargo, mas necessário) contra maiorias<sup>239</sup>.

Portanto, ao que se observa a jurisprudência dos tribunais superiores vem sendo modificada ao longo dos anos. Nos idos de 1990, predominava a tese da Fazenda Pública que rejeitava o acolhimento das ações relacionadas ao direito à saúde. No início da década de 2000

---

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão. Brasília (DF), 25 de abril de 2018(Data do Julgamento) Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 10.06.2018.

<sup>239</sup> STRECK, Lênio Luiz. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol.2, 2002, p.40-41.

se observa um início de mudança de perspectiva com análise pelos tribunais superiores da tese relacionada a reserva do possível, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. Em meados dos anos 2000 os tribunais superiores começam a negar pleitos relacionados a medicamentos fora da lista do SUS e medicamentos experimentais, mas tal negativa não perdurou por muito tempo ensejando o acolhimento de diversas demandas referentes a medicamentos que possuíam ou não registro na Anvisa, garantindo um amplo resguardo aos direitos relacionados a saúde, o que ensejou bastante divergência. Recentemente, após o julgamento do RESP nº 1657156/RJ, o Superior Tribunal de Justiça pois fim a celeuma acerca da matéria e definiu que o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS deve obedecer três critérios, quais sejam: comprovação por laudo médico fundamentado da imprescindibilidade do uso do medicamento, assim como a ineficácia dos medicamentos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira do paciente em arcar com o tratamento e a existência de registro do medicamento junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o que assegurou um amplo resguardo ao direito à saúde. O que não implicou supressão de direitos, mas uma tentativa de criação de parâmetros razoáveis para acolhimento dos pleitos relacionados ao direito à saúde que hoje abarrotam o poder judiciário.

### **3 ASPECTOS CONCERNENTES AO PLANEJAMENTO PÚBLICO, ORÇAMENTO E A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE**

O planejamento, o orçamento e a teoria dos diálogos institucionais figuram como instrumentos fundamentais quando se criam políticas públicas para a implementação de direito na órbita constitucional. Através desses institutos o poder executivo e legislativo estabelecem as prioridades da administração na concretização de direitos que exigem uma atuação pró-ativa do poder público na sua concretização.

Conceituando os institutos e definindo a suas respectivas áreas de atuação se compreenderá o papel fundamental que desempenham no sentido de viabilizar o estabelecimento de políticas públicas efetivas, que atendam as necessidades sociais, levando-se em conta toda a interferência política que podem vir a sofrer.

Uma vez estudada a natureza do orçamento e do planejamento como instrumentos de concretização da política pública se analisa a perspectiva dos diálogos institucionais como instrumento de cooperação no constitucionalismo, trazendo uma integração dos poderes legislativo na definição das prioridades sociais a serem atendidas reduzindo com isso o papel que o judiciário vem assumindo de administrador público, por meio do ativismo judicial e da judicialização excessiva.

Propondo através da teoria dialógica as soluções que podem ser implementadas no sentido de trazer uma paridade entre os poderes instituídos, no sentido de que cada um desempenha as suas atribuições em consonância com as competências definidas no texto constitucional e por conseguinte resguardado os postulados democráticos do Estado de Direito.

#### **3.1 Planejamento Público para efetivação do direito à saúde**

O planejamento público é um processo no qual se define no plano das ideias qual será o norte da atuação da administração definindo estratégias a longo prazo que devem ser utilizadas na implementação das políticas públicas. O poder público através do planejamento escolhe quais setores nos quais serão realizados os investimentos levando em conta os custos e

benefícios sociais a serem custeados. O planejamento figura como uma técnica na qual se definem as prioridades a serem buscadas, que trarão benefícios de ordem social e econômica.<sup>240</sup>

O planejamento juntamente como o plano detém sua origem no Século XVIII, sendo utilizado inicialmente como instrumento de ordenamento do território, e posteriormente como instrumento de organização da atividade econômica e ao final como estratégia a ser utilizada pelos países na Primeira Guerra Mundial para direção do processo econômico. O planejamento estava associado aos países de economia dirigida, motivo pelo qual foi inicialmente rechaçado pelos países que adotavam a economia de mercado. Ocorre que com a crise econômica vivenciada na década de 30 e no pós-guerra o Estado foi chamado a adotar uma postura mais incisiva para estimular a economia de mercado e o processo seletivo de atividades e setores, o que ensejou a necessidade de adoção do planejamento<sup>241</sup>.

A primeira experiência no âmbito internacional acerca do planejamento ocorreu na extinta União Soviética no qual se criou o 1º Plano Quinquenal para o período de 1928-1932 almejando a luta contra a escassez de recursos e a reconstrução da economia devastada pela guerra. Com a crise vivenciada na década de 30 os países ocidentais começam a se preocupar e enxergar a necessidade de uma atuação do poder público para racionalizar não só o andamento da economia com a execução de obras públicas, tendo como exemplo países como a França que editou o Plano Tardieu, em 1928 e após cinco anos o Plano Marquet. Nos Estados Unidos podemos citar a criação do Tennessee Valley Authority, considerado a primeira experiência em planejamento regional. E por fim a Alemanha através do Plano de Quatro Anos<sup>242</sup>.

No Brasil o instituto do planejamento foi inicialmente previsto em 25.02.1967 através do Decreto Lei nº 200, no qual se tratou da reforma administrativa e previu expressamente em seu art. 7º que a ação governamental obedecerá a planejamento que vise promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, compreendendo a elaboração e a atualização de instrumentos básicos quais sejam: plano geral de governo; programas gerais, setoriais e regionais de duração plurianual; orçamento- programa- anual; e programação financeira de desembolso. Há que se ressaltar, porém, que a Constituição de 1934 já cometia a lei o fomento ao crédito e a economia popular em seu art. 117. A Constituição de 1937 previa a criação do Conselho de Economia Nacional em seu art. 61 detendo este a

---

<sup>240</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 29-32.

<sup>241</sup> *Ibidem*.

<sup>242</sup> BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015, p. 122-123.

competência de preparar as bases para a fundação de institutos de pesquisa com a finalidade de racionalizar a atividade econômica. A Constituição de 1946 previa o Conselho Nacional de Economia o qual deveria estudar a vida econômica do país e sugerir ao poder competente as medidas necessárias<sup>243</sup>.

As Constituições de 1967 e 1969 previram como competência da União a elaboração e execução de planos regionais de desenvolvimento, educação e saúde. Em 1972 através do Decreto nº 71.353 se criou o Sistema de Planejamento Federal que detinha como atribuições o planejamento, orçamento e modernização da administração federal. Em 04.11.71 foi editado o Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento, sendo o mesmo depois sucedido pelo Segundo e Terceiro Plano Nacional de Desenvolvimento. Mas, foi com a Constituição de 1988 que o planejamento adquiriu definitivamente a qualidade de conjunto de normas para intervenção do Estado na ordem econômica. Intervenção esta que será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. A matéria foi expressamente incluída da parte referente a ordem econômica, detendo o Estado o poder de intervir na economia através do planejamento, sempre resguardando os princípios constitucionais referente a propriedade privada, livre iniciativa e livre concorrência<sup>244</sup>.

Há que se ressaltar, porém, antes de adentrar a análise dos principais instrumentos de planejamento adotados pelo Brasil que o planejamento não se confunde com o que se entende por plano. Como asseverado o planejamento é algo que figura no plano das ideias através da definição dos setores que vão receber determinados recursos como estímulo a determinadas atividades econômicas e sociais. O plano por sua vez, determina através de uma peça de caráter técnico, a vontade a ser adotada pelo Estado através de um conjunto de medidas coordenadas, não se detendo a mera enumeração de reivindicações<sup>245</sup>.

Gilberto Bercovici assim dispõe acerca do assunto:

O planejamento, embora tenha conteúdo técnico, é um processo político, especialmente nas sociedades que buscam a transformação das estruturas econômicas e sociais. Por meio do planejamento, é possível demonstrar a conexão entre a estrutura política e estrutura econômica que são interligadas. O planejamento visa à transformação ou à consolidação de determinada estrutura econômica-social e, portanto, de determinada estrutura política. O processo de planejamento começa e termina no âmbito das relações políticas, ainda mais em um regime federativo, como o brasileiro, em que o planejamento pressupõe um processo de negociação e decisão

<sup>243</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 32-37.

<sup>244</sup> *Ibidem*.

<sup>245</sup> BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015, p. 116-118.

políticas entre os vários membros da Federação e setores sociais. (...) Portanto, o plano não configura mera peça técnica, mas é um documento comprometido com os objetivos políticos e ideológicos<sup>246</sup>.

O planejamento se vincula diretamente ao ato de planejar, no qual o administrador racionaliza os meios disponíveis para conseguir retirar destes os efeitos mais favoráveis. Enquanto o plano por sua vez é uma peça técnica decorrente do planejamento no qual está previsto as concepções políticas e ideológicas adotadas. O planejamento permite a coordenação, racionalização e unidade a atuação do Estado, não sendo uma atuação conjuntural e casuística<sup>247</sup>. O plano “é uma expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações”<sup>248</sup>. O plano como assevera Eros Roberto Grau é fundamentalmente um norma-objetivo pois define fins a serem alcançados<sup>249</sup>.

O plano também não se confunde com a lei do plano. Pois o plano configura a peça técnica referente a ação de planejar enquanto a lei do plano se refere a um diploma legal, de duração continuada, composto de artigos, no qual adota a peça técnica (plano) com seus indicadores quantitativos e qualitativos. A Lei do plano é a corporificação do plano através de um instrumento legal que terá vigência durante determinado mandato de um governo. A lei do plano figura como norma de caráter programático que traçam as prioridades da política adotada<sup>250</sup>.

Tal diferenciação não é compartilhada por todos os autores. Ricardo Lobo Torres quando conceitua o planejamento estatal o entende por uma perspectiva financeira, limitando sua análise ao plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, pois as receitas, despesas e investimentos fazem parte das leis orçamentárias. O Estado sob essa visão procuraria através do orçamento fixar a receita patrimonial e tributária, as rendas existentes, concretizar direitos prestacionais, viabilizar o desenvolvimento nacional, através do planejamento. Entendendo que não há qualquer discussão em sua conceituação quanto a

---

<sup>246</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-71.

<sup>247</sup> Ibidem.

<sup>248</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico do Planejamento*. In: Estudos de Direito Econômico, Vol. 2, Belo Horizonte, Movimento Editoria Faculdade de Direito da UFMG, 1996, pp. 1-86; MONCADA, Luis S. Cabral de. *A problemática jurídica do Planejamento Econômico*. Coimbra, Coimbra Ed., 1985, p. 206-209 *apud* Ibidem.

<sup>249</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 303.

<sup>250</sup> BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015, p. 130-131.

existência de critérios de ordem política como elemento necessário a definição das políticas públicas a serem adotadas e por conseguinte incluídas no orçamento público<sup>251</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci quando discorre acerca das políticas públicas, plano e planejamento também não cria critério distintivo dispondo:

A política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou programa. Há, no entanto, um paralelo evidente entre o processo de formulação da política e a atividade de planejamento. Note-se a correlação de ambos, no sentido de que, ao contrário do que muitos sustentaram no auge da tecnocracia dos anos 70, o planejamento não é uma atividade vazia de conteúdo<sup>252</sup>.

Felipe de Melo Fonte também não cria critério distintivo, misturando conceitos referentes ao planejamento, plano e orçamento quando assim discorre:

O planejamento, portanto, situa-se em um âmbito próprio, diferenciado das leis (normas gerais) e dos atos administrativos (concretos), exatamente porque, ao lado das regras, também consagram princípios e diretrizes. Sua natureza é híbrida, e ele possui singular importância em matéria de políticas públicas, pois, conforme pontuado, permite transparência e racionalização no âmbito da atividade administrativa, reduzindo, ainda, o espaço de discricionariedade do legislador<sup>253</sup>.

A diferenciação entre planejamento, plano e orçamento mostra-se fundamental para se entender toda a sistemática vigente no âmbito do direito brasileiro, afinal a atividade referente ao planejamento e ao plano encontra-se vinculada a atividade econômica, não se confundindo com os aspectos referentes ao orçamento.

Adentrando ao aspecto do planejamento em si faz-se necessária a digressão acerca da experiência brasileira acerca do assunto. Autores como Nelson Mello de Souza entendem que a experiência do planejamento no âmbito do direito brasileiro não chegou a se organizar efetivamente, tendo apenas a experiência de reunir informações úteis e seleção de métodos adequados através dos planos<sup>254</sup>. Para Gilberto Bercovici a experiência do planejamento antes da Constituição de 1988 foi marcada por três grandes momentos, que teve apenas uma experiência bem sucedida, quais sejam: Plano de Metas, Plano Trienal e II Plano Nacional de Desenvolvimento<sup>255</sup>.

<sup>251</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18.ed. São Paulo: Renovar, 2011, p.172.

<sup>252</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e Políticas públicas*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 259.

<sup>253</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.84.

<sup>254</sup> SOUZA, Nelson Melo E. *O planejamento Econômico no Brasil: considerações críticas*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 46, n.6, 2012, 60-64.

<sup>255</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

O plano de metas (1956-1951) foi elaborado a partir das conclusões realizadas por dois grupos reunidos na mesma época: a Comissão Mista Brasil- Estados Unidos e o Grupo Misto BNDE- CEPAL. A Comissão Brasil- Estados Unidos defendia a ideia de plano setorial ou seccional acolhendo as concepções firmadas por Albert Hirschman ou seja, a concepção estava centrada na transformação dos pontos de estrangulamento em pontos de crescimento, através de investimentos econômicos. O Estado deveria investir em pontos determinados de forma concreta e detalhada, o que seria mais útil do que o planejamento global. O grupo Misto BNDE- Cepal por sua vez, propunha uma ideia de planejamento global, concepção esta que nem chegou a ser implementada<sup>256</sup>.

O plano de metas do Governo Juscelino Kubitschek foi a primeira experiência efetiva de planejamento dando unidade a todos os projetos e programas setoriais nele previstos. Os órgãos responsáveis por viabilizar a formulação e execução do plano de metas foram criados de forma justaposta ao sistema administrativo já existente o que contribuiu para inexistência de desgaste político, embora tenha gerado uma maior fragmentação quanto a elaboração e implementação das políticas públicas. Referido plano teve seu mérito pois viabilizou a associação do planejamento ao desenvolvimento. Ocorre que através desse plano se constatou a completa inadequação da estrutura administrativa brasileira, estando a mesma ultrapassada em face das necessidades econômicas e sociais que se almejavam implementar. A criação de uma “administração paralela” para a devida implementação do plano de metas demonstra que a estrutura de administração pública vigente não se compatibilizava com o planejamento<sup>257</sup>.

No plano de metas criou-se no plano fático uma nova estrutura administrativa na qual o Estado assumia um viés desenvolvimentista sem que houvesse a mudança no âmbito jurídico, ou seja, o Estado estava a desempenhar atividades a margem do sistema jurídico. O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico nesta época desempenhou papel fundamental para viabilizar a implementação do desenvolvimento, pois através de empréstimos fazia investimentos específicos em setores estratégicos da economia, dando grande ênfase aos pontos de estrangulamento já indicados no plano de metas<sup>258</sup>.

A combinação de fundos financeiros com empresas e autarquias governamentais obteve êxito principalmente pela atuação do Banco Nacional de Desenvolvimento que assumiu a

---

<sup>256</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71-72.

<sup>257</sup> Ibidem, p. 72-73.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 72-74.

função de coordenador dos programas governamentais. A preocupação com o planejamento se fez tão importante que Juscelino Kubitschek criou o Conselho de Desenvolvimento que detinha a função de elaborar, executar, coordenar e acompanhar a implementação do Plano de Metas utilizando-se dos instrumentos de política econômica. O Conselho de Desenvolvimento detinha como objetivo formular e coordenar a política nacional, especialmente no tocante a planejamento, mas não obteve êxito, embora tenha tido sucesso na elaboração de planos setoriais e no acompanhamento da execução do plano de metas<sup>259</sup>.

O plano Trienal elaborado na época do Governo de João Goulart teve grande impacto simbólico, sendo considerado primeiro plano de orientação da política econômica global, até então formulado, com reformas econômicas e de base. Referido plano indicava quais as barreiras ao desenvolvimento e a forma de supera-las. Almejava-se com isso a conversão da economia colonial para a economia nacional, através da tomada dos centros de decisão para o progresso econômico do Estado brasileiro. Goulart pretendia mobilizar setores estratégicos e por conseguinte credibilidade para o seu governo. Ocorre que em decorrência do período de instabilidade pelo qual o país passava e das forças políticas contrárias o plano trienal não obteve aplicabilidade. A inflação e as crises políticas minaram a tentativa do governo de retomar o ritmo do crescimento, bem como inviabilizaram a implementação das reformas de base a serem realizadas no âmbito administrativo, bancário, fiscal e agrário. O clima de instabilidade além de inviabilizar a implementação do plano Trienal também derrubou o governo, acarretando o início do período da ditadura militar<sup>260</sup>.

Durante o período militar foi criada a última grande experiência relacionada ao planejamento o Plano Nacional de Desenvolvimento, criado para ser igual ao mandato do Presidente da República e como objetivo central de assegurar o crescimento econômico acelerado. Referido plano foi imposto pelo órgão central sem qualquer participação dos demais entes federativos. O poder legislativo por sua vez, também via-se restringido em suas atribuições pois não poderia votar qualquer proposta de plano que não a enviada pelo chefe do Poder Executivo, e não podia realizar qualquer veto ao plano apresentado, só ressalvas que podiam ou não ser acatadas pelo Executivo. Havendo ainda uma última restrição que se referia a possibilidade de aprovação do plano por decurso de prazo<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.72-74.

<sup>260</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 74-77.

Os militares aprovaram dois Planos Nacionais de Desenvolvimento. O primeiro através da Lei nº 5.727/71 para o período de 1972 a 1974, e o segundo por meio da lei nº 6.151/74 para o período de 1975-1979. O II Plano de Desenvolvimento visou transformar a estrutura produtiva brasileira e superar a barreira do subdesenvolvimento. Almejando criar um novo padrão de industrialização, fortalecendo as indústrias de base e o capital nacional, além de investimentos em energia e transporte. Questões relacionadas a distribuições de rendas e direitos sociais foram relegados a segundo plano ao fundamento de que com a crescimento haveria conseqüentemente um aumento da renda. O grande problema relacionado ao II Plano de Desenvolvimento está vinculado a desconsideração da reversão do ciclo de crescimento econômico, o recrudescimento da inflação e as dificuldades externas que ensejaram o recurso ao financiamento externo, a desaceleração da economia e a desarticulação do plano a partir de 1977, com a crise econômica mundial<sup>262</sup>.

O regime militar almejava tornar o Estado Brasileiro uma potência emergente buscando com isso legitimar o regime ditatorial, porém o que se viu foi o descolamento do regime ditatorial de suas bases empresariais de sustentação e a perda do controle sobre os agentes econômicos, em decorrência da tentativa de implantar um plano a qualquer custo. O II Plano de Desenvolvimento fracassou e a partir da década de 1980 se abandonou qualquer proposta de planejamento pelo Estado, de forma que o Estado atua sem qualquer diretriz global para o desenvolvimento nacional. O poder público se mostrou incapaz de implementar políticas públicas coerentes, adotando gestões de curtíssimo prazo e utilizando-se de superposições e implementações parciais de diversos planos ao mesmo tempo<sup>263</sup>.

O Brasil apresentou três fases distintas de institucionalização do planejamento quais sejam: Fase controladora, fase coordenadora e fase de ação planejada. Na fase controladora predominava as atividades de controle orçamentário e contábil das dotações orçamentárias tendo como exemplos o Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional, Plano de Obras e Equipamento e Plano Salte. A fase coordenadora detinha como principal característica a função de coordenação através da tendência paraestatizante e a ênfase econômica desenvolvimento e estabilização. A tendência paraestatizante encontrava-se vinculada ao aspecto de que se deveria criar um sistema de coordenação das atividades com base no planejamento, ocorre que muitas das estruturas aos quais se almeja coordenar estavam

---

<sup>262</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.74-77.

<sup>263</sup> Ibidem.

fora do que se entende por administração direta, justamente como uma forma de se escapar da fiscalização financeira, contábil e de pessoal. Enquanto a ênfase econômica desenvolvimento e estabilização tinha como principal objetivo o desenvolvimento e a estabilização monetária, reduzindo com isso os efeitos da inflação. E por fim a fase planejada na qual a administração deveria agir em conjunto de forma planejada, cabendo a um organismo central coordenar e harmonizar os diversos planos ministeriais<sup>264</sup>.

A grande crítica que se faz aos planos elaborados pelo governo federal se refere ao fato de que muitos dos setores beneficiados já eram desenvolvidos, ou seja eram beneficiados com mais recursos em detrimento de outros setores que não detinha a capacidade de criar planos e por conseguinte receber a verba, ou em decorrência de fatores políticos, nos quais o governante por angariar mais votos preferia investir em determinadas regiões, aumentando com isso o seu eleitorado, em detrimento das demais<sup>265</sup>.

Jorge Gustavo assim discorre:

Como o Brasil é um país de proporções imensas, o Governo Federal não pode estar operacionalmente presente em todo o território nacional. Com isto, verifica-se a concentração de dos serviços federais nos pontos onde o seu funcionalismo tende concentra-se, criando-se no país um sistema de *ilhas administrativas*. Aliás, o mesmo fenômeno se repete nas relações dos Estados com os Municípios e, mesmo, nas relações destes com os respectivos Distritos. De tal forma, que as *ilhas administrativas* municipais são as mesmas federais. Talvez este seja o maior dilema que enfrenta a administração pública brasileira, em especial quando se procura torna-la mais eficiente através da ação planejada contínua<sup>266</sup>.

Cria-se com isso distorções entre os entes federativos, pois regiões melhores economicamente se encontram mais preparadas para angariar recursos por parte do poder central em detrimento dos demais Estados que se encontram mais longe do poder federal e não possuem força política através do seu eleitorado apto a ensejar o envio de recursos a fim de atender as necessidades locais. Por isso se criam ilhas de desenvolvimento enquanto outras regiões convivem com a pobreza, marginalização e por conseguinte ausência de implementação de direitos sociais<sup>267</sup>.

A Constituição Federal de 1988 ao prever expressamente o planejamento em seu art. 174, §1º almejou a transformação das estruturas sociais através da promoção do desenvolvimento e dos demais objetivos da República. O planejamento apresenta-se como

---

<sup>264</sup> COSTA, Jorge Gustavo da. *Planejamento Governamental: A experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971, p. 476-477.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 505-507.

<sup>266</sup> Ibidem, p. 506.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 505-507.

instrumento que trará a transformação ou consolidação da estrutura econômicas, viabilizando com isso a concretização dos direitos constitucionalmente previstos, como os direitos sociais.

O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica deve incorporar e compatibilizar os planos nacionais e regionais de desenvolvimento sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O Estado possui através da previsão constitucional o dever não só de fiscalizar e incentivar, mas também de planejar. A função de planejar não se encontra prevista única e exclusivamente no art. 174, §1º, mas em diversos outros dispositivos realçando justamente as atribuições dos entes federativos, principalmente a União que detém a maior fatia dos recursos, em planejar a suas ações trazendo com isso desenvolvimento econômico e social<sup>268</sup>.

Não há que se confundir, porém, o planejamento do desenvolvimento nacional com o planejamento da atividade econômicas. O planejamento vinculado a atividade econômica em sentido estrito (intervenção) apenas a qualifica, sendo simplesmente um método de sistematização racional caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meio de ação coordenadamente dispostos. Nesse caso o planejamento assume a característica de técnica corrente de administração empresarial. O planejamento do desenvolvimento nacional por sua vez encontra-se vinculado a atuação da União e demais entes federativos que irão definir as estratégias a serem implementadas pelo poder público para o desenvolvimento nacional e para a concretização de direitos<sup>269</sup>.

Eros Roberto Grau assim discorre:

O planejamento de que trata o art. 174, referido em seu §1º, é- repito-o- *planejamento do desenvolvimento econômico*. O que diz a Constituição, em síntese, no conjunto dos preceitos aos quais há pouco fiz alusão, e que importa considerar, é que a União (o Executivo) elaborará planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, planos que deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional, com a sanção do

<sup>268</sup> Constituição Federal: Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 13.6.2018.

<sup>269</sup> BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015, p. 131.

Presidente da República; os planos nacionais serão executados pela União e deverão compreender os planos regionais, que serão executados pelos organismo regionais<sup>270</sup>.

O planejamento uma vez previsto no arcabouço constitucional brasileiro deveria ter funcionado como um instrumento efetivo de desenvolvimento e garantia dos direitos constitucionalmente previstos, porém o que se observa é a existência de obstáculos que inviabilizam a sua devida implementação, relacionados não só a estrutura administrativa vigente como a efetiva vontade política em se efetivamente planejar a ação estatal. A estrutura administrativa é insuficiente para as necessidades prestacionais do Estado Social. A administração está voltada para o direito liberal em que se pretendia defender direitos de índole individual e não aos direitos prestacionais/sócias constitucionalmente previstos. A estrutura administrativa não é coesa, apresentando diversas divisões internas, além de se criar o mito da neutralidade política na administração o que gera excesso de formalismo e por conseguinte, prejuízos a definição e implementação do interesse público. O que demonstra que muitas vezes o problema não está vinculado a gestão e sim a política<sup>271</sup>.

O planejamento não pode ser reduzido a condição de orçamento pois fixa diretrizes para a atuação estatal, que são inclusive utilizadas como parâmetro para os investimentos privados. Reduzir o plano a condição de orçamento figura como uma estratégia para coordenar melhor os gastos públicos, em detrimento da função principal do planejamento que está vinculada a trazer desenvolvimento e por conseguinte transformar as estruturas socioeconômicas. A reforma administrativa neoliberal também trouxe prejuízos na órbita do planejamento e por conseguinte das políticas públicas afinal legitimou que a economia do mercado ditasse como as decisões políticas seriam adotadas, permitiu a privatização, a liberalização e desregulação, substituindo o Estado intervencionista pelo Estado Regulador. O estado não deve mais prestar serviço público, mas apenas interferir indiretamente na sua prestação. Comprometendo com isso a implementação de direitos que ensejam uma atuação por parte do poder público na sua concretização, tendo como exemplo os direitos à saúde<sup>272</sup>.

Além dos obstáculos estruturais, a crise do planejamento está vinculada a crise do Estado Brasileiro, pois, embora a Constituição Federal preveja um projeto nacional de desenvolvimento, ainda falta consenso acerca de sua efetiva implementação. Sem o mínimo de

---

<sup>270</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 303.

<sup>271</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76-86.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 76-86.

consenso nacional e sem compreender as especificidades do Estado Brasileiro não há como se pensar em planejamento. O planejamento com importante instrumento de mudança das estruturas socioeconômicas em busca do desenvolvimento possui conteúdo técnico, mas é fruto de um processo político que demanda escolhas entre as diferentes possibilidades e interesses. Trazer o planejamento para o Estado decorre de uma vontade estritamente política, que irá se somar a objetivos específicos e instrumentos de política econômica e orçamentária. Sem é claro se desgarrar de seus aspectos substantivos como participação popular<sup>273</sup>.

O planejamento no Brasil não possui uma diretriz hegemônica que manifeste uma vontade política e, por conseguinte, uma linha de conduta coerente. Além desses fatores, há a incompatibilidade entre o plano e orçamento utilizando-se muitas vezes de metas genéricas que inviabilizam a hierarquização de objetivos e a incompatibilidade entre conceitos relacionados a despesas e receitas previsto no planejamento e no orçamento. Outro fator desfavorável se relaciona a estrutura enrijecida do orçamento pelo aumento das despesas vinculadas o que compromete o planejamento econômico e social<sup>274</sup>.

O Estado deve recuperar a sua capacidade de planejar viabilizando com isso a implementação de políticas públicas aptas a ensejar através de planos e programas a alteração da situação econômica e social do país. O poder legislativo por meio do planejamento deve criar um processo de negociação e decisão política com os demais poderes e setores sociais viabilizando com isso a concretização de direitos constitucionalmente previstos. Sem essa vontade política o planejamento continuará em crise, inviabilizando com isso a implementação do projeto constitucional<sup>275</sup>.

### 3.2 Orçamento como instrumento do planejamento público

O orçamento apresenta uma multiplicidade de aspectos relacionados ao âmbito político, contábil, financeiro, administrativo e econômico. Do ponto de vista jurídico o orçamento deve ser conceituado como o ato pelo qual o poder legislativo autoriza o poder executivo, em

---

<sup>273</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76-86.

<sup>274</sup> BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015, p. 134.

<sup>275</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 85-86.

determinado intervalo de tempo, a realizar despesas relacionadas a prestação de serviços públicos, assim como a arrecadação de receitas expressamente previstas em lei<sup>276</sup>.

O orçamento público através de lei organiza as receitas e despesas a serem realizadas pelo poder público por um período de tempo, ou seja, o poder legislativo, regularmente investido através do voto, dispõe como o poder executivo realizará a arrecadação de bens e por conseguinte dos gastos de dinheiro público. Uma fórmula criada justamente para limitar os gastos ou melhor aplica-los viabilizando assim o acolhimento das necessidades sociais<sup>277</sup>.

O orçamento foi criado como instrumento de controle dos recursos gastos pelo poder executivo, detendo como seu embrião a Carta Magna imposta pela nobreza e plebe ao Rei João Sem Terra. Há época o Rei estabeleceu tributos sem o consentimento dos súditos, o que gerou grande revolta em se considerando que o povo, responsável pelo pagamento, não havia sido consultado. A independência americana também se originou da matéria relacionada ao orçamento pois a Inglaterra interferiu no orçamento da colônia e criou novos tributos, o que gerou a insurreição das treze colônias. Na França se criou o orçamento através da Declaração de Direitos levando em conta que os monarcas governando em caráter absoluto retiravam dos cofres públicos recursos para fins exclusivamente particulares. No Brasil o orçamento foi inicialmente previsto na Constituição de 1824, porém só foi regularmente votado para o exercício de 1831-1832, através do Decreto Legislativo de 15 de dezembro de 1830<sup>278</sup>.

O orçamento figura como instrumento de exercício da democracia pois através dele os particulares exercem os direitos, por intermédio de seus representantes, de só verem efetivadas as despesas e arrecadações que estiverem autorizadas em lei orçamentária. O orçamento é uma peça jurídica, aprovada pelo poder legislativo, vigorando como lei e na qual se dispõe sobre a atividade financeira do Estado, prevendo receitas e despesas. O orçamento se assimila muito ao planejamento econômico realizado pelos particulares, afinal todos preveem receitas e despesas para atendimento das necessidades básicas. Ocorre que essa similitude só ocorre nesse aspecto necessitando o orçamento público de previsão da respectiva despesa em lei para sua efetivação, o que não impõe a sua realização, estando o administrador autorizado a realizar a despesa ou não de acordo com o interesse público<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> CAMPOS, Dejalma de Campos. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 69-70.

<sup>277</sup> *Ibidem*.

<sup>278</sup> *Ibidem*.

<sup>279</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 72-73.

A natureza jurídica do orçamento é de lei, justamente por que condiciona a realização de qualquer despesa a sua previsão no instrumento orçamentário, sujeitando com isso o administrador público a sua respectiva obediência, sob pena de responsabilização civil. Ocorre que o conteúdo da lei pode assumir a natureza jurídica de atos gerais, atos subjetivos e atos condição. As leis que se aplicam a comportamentos sociais, independente da vontade de quem quer que seja detém a natureza de atos gerais. As leis que se aplicam a comportamentos sociais, mas que dependem da manifestação de vontade de algumas pessoas, muito mais do que a vontade do Estado são os atos subjetivos. E por fim as leis que não são autoaplicáveis, ou seja, que não se aplicam pela simples vontade, sem que ocorra uma situação que lhe dê eficácia futura são os atos condição. Exemplo disso ocorre com o tributo, o mesmo só pode vir a ser cobrado após a edição do instrumento normativo que o cria e que atribui competência para a sua cobrança. O orçamento possui então natureza jurídica de lei e no conteúdo natureza jurídica de ato condição, pois todas as leis que versem sobre receita e despesa têm sua eficácia condicionada a edição da lei orçamentária<sup>280</sup>.

O orçamento como instrumento de previsão de receita e despesa integra a noção de planejamento criada pelo sistema constitucional brasileiro, pois através da peça orçamentária se viabilizará a concretização de valores constitucionais, nos quais se incluem os direitos sociais de nítido caráter prestacional, ou seja, que exigem uma atuação do poder público na sua concretização. Através do orçamento se fixa as receitas e despesas aptas a custear a prestação de serviços como educação e saúde, além de permitir o desenvolvimento econômico, equilíbrio na economia e redistribuição de renda.

A Constituição Federal em seu art. 174 previu expressamente a atividade do planejamento e a sujeitou aos postulados da legalidade, motivo pelo qual o plano deve ser debatido e aprovado pelos representantes do povo, o que denota o caráter democrático do planejamento. Os administradores devem atuar de acordo com as prioridades e recursos disponibilizados no plano, podendo este ser alterado a fim de se adaptar a novas circunstâncias. O plano atua como instrumento de orientação e coordenação da política governamental, evitando com isso o desvio de poder e privilégios aos interesses particulares<sup>281</sup>. O planejamento

---

<sup>280</sup> CAMPOS, Dejalma de Campos. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 72.

<sup>281</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79-81.

como assevera Bercovici “é uma possibilidade de controlar a atuação do Estado, pois deve definir a direção e o ritmo que este irá tomar”<sup>282</sup>.

A única problemática acerca do assunto se refere a vinculação do poder público ao planejamento por ele realizado. Como consta no art. 174 da Constituição Federal o planejamento é impositivo para o Poder Público e indicativo para o setor privado, de modo que o principal modo de controle da atividade de planejamento se faz através da vinculação do plano ao orçamento. O plano para se realizar precisa da sua previsão ainda que parcial no orçamento. A implementação dos planos ocorre através da realização dos investimentos públicos previstos nos orçamentos, executando-se de forma imediata ou a curto prazo os objetivos de médio e longo prazo previstos nos planos. A lei orçamentária detém um nítido viés político e administrativo no sentido de viabilizar a redistribuição de renda, trazer desenvolvimento e planejamento, mas deve ter reflexos no plano material, através de sua efetiva implementação através da subordinação das leis orçamentárias as leis que veiculam o plano de governo<sup>283</sup>.

Nesse sentido discorre Demétrius Amaral Beltrão:

É inegável o papel do orçamento como instrumento de controle político e também como instrumento de administração, que possibilita a redistribuição de renda, de intervenção na economia e do planejamento. Todavia, para maior efetividade, é necessário que as diretrizes de governo tenham reflexos no plano material das realizações, o que só é possível através da subordinação da lei orçamentária as leis que veicularem todo o programa de governo (art. 166, §§3º, I e 4º, CF). A lei orçamentária, por sua vez, precisa vincular os planos nacionais, regionais e setoriais (art. 165, §4º), como imperativo de racionalizar a utilização de recursos escassos, visando obter melhores resultados do aproveitamento, razão pela qual a Constituição de 1988 instituiu o plano plurianual<sup>284</sup>.

O Constituinte de 1987/1988 teve a preocupação de modernizar os instrumentos orçamentários almejando a integração entre o planejamento e o orçamento a médio e longo prazos. O art. 165 da Constituição Federal de 1988 prevê três leis orçamentárias<sup>285</sup>: lei do Plano

<sup>282</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 79-81.

<sup>284</sup> BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015, p. 108.

<sup>285</sup> Constituição Federal: Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

§ 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as 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.

§ 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária

Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, que devem ser integradas entre si e com o planejamento global- econômico e social. A tripartição do planejamento orçamentário brasileiro teve influência direta da Constituição Alemã que prevê o plano plurianual, o plano orçamentário e a lei orçamentária, sendo a divergência lá referente a existência ou não de distinção entre o plano e a lei orçamentária<sup>286</sup>.

A lei do Plano Plurianual estabelece os programas e metas governamentais a longo prazo, realizando um planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico nacional, estabilidade econômica e equilíbrio entre as diversas regiões do país. O plano plurianual deve conter ainda de forma regionalizada as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal, incluindo as despesas de capital e as relativas aos programas de duração continuada. Os planos nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição devem ser elaborados em consonância com o plano plurianual<sup>287</sup>.

---

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

§ 3º O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária.

§ 4º Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional.

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - 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;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - 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.

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

§ 9º Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

III - dispor sobre critérios para a execução equitativa, além de procedimentos que serão adotados quando houver impedimentos legais e técnicos, cumprimento de restos a pagar e limitação das programações de caráter obrigatório, para a realização do disposto no § 11 do art. 166. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 13.06.2018.

<sup>286</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 79-80.

<sup>287</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 172-174.

O Plano plurianual detém a natureza de lei sob o ponto de vista formal e para ter eficácia depende do orçamento anual para a realização de despesas. O plano plurianual é uma programação ou orientação que deve ser respeitada pelo executivo quando da elaboração dos planos orçamentários anuais, embora não vincule o legislativo na feitura das leis orçamentárias. Os orçamentos fiscal e de investimento das empresas estatais devem se compatibilizar com o plano plurianual e não será válido a realização de qualquer investimento que ultrapasse o exercício financeiro sem previa inclusão no plano plurianual ou em lei que assim autorize<sup>288</sup>.

O plano plurianual vem começando a ser adotado em países como Inglaterra, Suécia e Dinamarca como instrumento de controle do déficit público e de estabilidade econômica. A Constituição Federal de 1988 prevê ainda que o plano plurianual definirá metas da administração pública, o que encontra-se previsto no art. 25 da Lei nº 4.320/64 quando define metas como os resultados que se pretende obter com a realização de cada programa, como por exemplo a conclusão de uma obra, a prestação de um serviço. Se analisará dentro do objetivo proposto se a finalidade/objetivo foi alcançado através da atuação do poder público. O plano plurianual quando prevê em seu conteúdo determinados projetos sempre que possível deve dispor acerca das metas objetivas a serem cumpridas atendendo com isso a realização de obras e a prestação de serviços<sup>289</sup>.

O plano plurianual detém como diretriz o encaminhamento de ações anuais de governo por meio da lei orçamentária com um horizonte maior que vai viabilizar o seu planejamento efetivo. O problema do plano plurianual se refere justamente a sua viabilidade, em decorrência da inexistência de preocupação dos governos pós- 1988 com o planejamento. Somando-se aí o fato de que o plano plurianual não possui relações claras com os demais planos, apesar do texto constitucional determinar a compatibilização entre este e dos demais planos nacionais, regionais e setoriais previstos no texto constitucional<sup>290</sup>.

Cabe ressaltar ainda que a redução da perspectiva do planejamento a peça orçamentária faz o planejamento perder a sua principal característica que se refere a fixação de diretrizes para a atuação do Estado e por conseguinte inviabiliza o controle da execução e efetividade do plano plurianual, afinal o mesmo realiza um simples previsão de gastos que pode ou não vir a ocorrer. A partir do momento em que se reduz o plano a peça orçamentária se coordena mais

---

<sup>288</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 172-174.

<sup>289</sup> *Ibidem*, p. 173-174.

<sup>290</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80-81.

racionalmente os gastos públicos, porém, em contrapartida, não se planeja comprometendo o desenvolvimento econômico e social. Situação que se agrava ainda mais com as restrições impostas a atuação pela lei de Responsabilidade Fiscal, o que enseja um controle de gestão fiscal, sem qualquer perspectiva de planejamento<sup>291</sup>.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias encontra previsão no art. 165, II, §2º quando prevê que a mesma 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 alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento<sup>292</sup>.

A lei de diretrizes orçamentária possui natureza formal detendo a função de sinalização/orientação, de caráter anual, a ser utilizado para a elaboração do orçamento. Justamente por deter função de orientação não cria direitos subjetivos para terceiros e não possui eficácia fora da relação entre os poderes que integram o Estado. O plano de diretrizes orçamentárias, da mesma forma que o plano plurianual, “não vincula o Congresso Nacional quanto à elaboração da lei orçamentária, nem obriga, se contiver dispositivos sobre alteração da lei tributária, a alterá-la efetivamente, nem o impede, no caso contrário de instituir novas incidências fiscais”<sup>293</sup>. A lei de diretrizes apresenta-se como um plano prévio, baseado em considerações econômicas e sociais a ser utilizado posteriormente na elaboração da proposta orçamentária pelo titular do poder executivo, legislativo e judiciário. Para Ricardo Lobo Torres foi uma lei orçamentária que trouxe mais desajustes e distorções do que vantagens pois transplantada de países com sistema parlamentarista não se adaptou ao sistema presidencialista brasileiro<sup>294</sup>.

Outra distorção apontada se refere a previsão na Lei de Responsabilidade Fiscal que transforma a lei de diretrizes orçamentárias em plano trienal, segundo o modelo neozelandês, prevendo que integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias o anexo de metas fiscais, em que se estabelece as metas anuais para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes. Sistemática que não se coaduna com o modelo de plano plurianual adotado pelo texto constitucional, afinal no modelo da Nova Zelândia se prevê que esse instrumento será

---

<sup>291</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80-81.

<sup>292</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 174-175.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 174.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p. 174-175.

apresentado três meses antes da lei orçamentária anual ao parlamento e vigorará pelos próximos três anos, detendo objetivos de médio prazo, em conjunto com a outro plano orçamentário que possui duração superior a 5 anos, longo prazo. Modelo este que foi rejeitado pelo Congresso Nacional em proposta que previa a duração do plano plurianual em 8 anos<sup>295</sup>.

Concluindo as modalidades de leis orçamentárias previstas pela Constituição Federal de 1988 temos a Lei Orçamentária Anual prevista no art. 165, III e §5º quando prevê que a lei orçamentária anual compreenderá: o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o da seguridade social. O orçamento é uno, o que não significa que só irá aparecer em um único documento, podendo aparecer em três, desde que o prevejam de forma harmônica, se integrando finalisticamente. Terá previsão anual, discriminando as receitas e despesas para aquele exercício, detendo como principal finalidade reduzir as desigualdades inter-regionais, segundo o critério populacional<sup>296</sup>.

Na lei orçamentária anual se inclui “os orçamentos referente a União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indiretas, nelas incluídas fundação instituídas e mantidas pelo poder público; os orçamento de investimento das empresas em que a União, direta e indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; e o orçamento da seguridade social que compreende todas as entidades e órgãos a ele vinculados, da administração direta e indireta, bem como fundos e fundações instituídas e mantidas pelo poder público”. O fato de se deter um orçamento específico para as o investimento das empresas contribui para o equilíbrio financeiro e se inviabiliza a transferência de recursos e as emissões inflacionárias para suprir as deficiências das empresas estatais<sup>297</sup>.

Ao prever que a lei orçamentária não deterá nenhum dispositivo estranho a previsão de receita e despesa a Constituição cria o princípio da Exclusividade Orçamentária. Estando com isso vedada a criação de caudas orçamentária, orçamentos rabilongos, excetuando-se apenas a autorização para abertura de créditos suplementares e a contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita. O princípio da Universalidade do Orçamento encontra-se presente quando se prevê que o orçamento deve conter todas as receitas e despesas da União, de qualquer natureza, incluindo seus fundos, postulado esse que se mostra fundamental para o devido equilíbrio orçamentário<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 175.

<sup>296</sup> *Ibidem*.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 175-176.

<sup>298</sup> *Ibidem*.

As leis orçamentárias são de iniciativa privativa do Presidente da República e devem ser examinadas por um Comissão Mista Permanente de Deputados e Senadores, perante a qual poderão ser apresentadas emendas a serem apreciadas pelo Congresso Nacional. O orçamento figura como principal instrumento de controle de gastos e recursos que adentram aos cofres públicos, permitindo ao administrador racionalizar a atividade econômica e otimizar os recursos financeiros. Através do orçamento se almeja otimizar o uso de recursos públicos para o acolhimento das diversas necessidades públicas existentes<sup>299</sup>.

Embora, o orçamento possua como finalidade primordial o equilíbrio financeiro e a racionalização da atividade econômica o mesmo não pode assumir a função do planejamento, que exerce função regulatória da sociedade através da administração. O planejamento procede a especificação das prioridades atendendo as necessidades sociais e constitucionais expressamente previstas para através do orçamento e das políticas públicas por este instituída viabiliza a concretização de valores constitucionais. Sem o planejamento a aplicação dos recursos pelo orçamento deterá um viés puramente econômico e financeiro, abandonando a perspectiva de efetiva concretização dos postulados constitucionais.

### 3.3 Diálogos Institucionais e Políticas Públicas

Antes de adentrar ao tema referente a teoria dos diálogos faz-se necessária uma digressão acerca dos motivos que ensejaram a sua criação. A teoria dialógica se fez presente em decorrência da preocupação com o instituto da revisão judicial, instrumento considerado incompatível com a democracia. Os juízes quando derrubam uma legislação, acabam por frustrar a vontade da maioria, criando um conflito democrático, pois não foram eleitos para o exercício de suas atribuições e as decisões judiciais não se mostram reversíveis por uma maioria legislativa. Os juízes não detêm qualquer responsabilidade política quando declaram a inconstitucionalidade de uma lei que foi promulgada por representante eleitos pelo povo. Preocupações essas que se tornaram mais relevantes no que concerne as decisões judiciais referentes a interpretação de direitos constitucionais, tendo em vista a natureza indeterminada

---

<sup>299</sup> BASTOS. Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 77-79.

que muitos direitos possuem e um razoável desacordo generalizado acerca de como os direitos devem ser concebidos<sup>300</sup>.

Criando um questionamento acerca dos motivos pelos quais os juízes tomam as decisões finais e vinculativas acerca do significado dos direitos ou sua eficácia em detrimento de processos mais democráticos e inclusivos. Além da crítica apontada, a revisão judicial pode levar a distorções políticas quando as legislaturas escolhem políticas com base no que os juízes dizem sobre as normas constitucionais, ao invés de fazer julgamentos independentes sobre o que a constituição efetivamente prevê. O que fez emergir as teorias do diálogo institucional como instrumento de contenção a fim de criar uma teoria satisfatória da autoridade judiciária constitucional na tomada de decisões. Permitido assim a elaboração compartilhada do significado do texto constitucional entre o poder judiciário e os outros diversos autores<sup>301</sup>.

Cristine Bateup em seu artigo Teorias do Diálogo Institucional conceitua o diálogo como a natureza das interações entre os tribunais e os poderes políticos do governo na tomada de decisões constitucionais, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais. As teorias dos diálogos enfatizam que o poder judiciário não teria ou não deveria ter monopólio sobre a interpretação do texto constitucional. De forma que, os juízes responsáveis pela interpretação constitucional deveriam realizar um processo de interpretação compartilhada entre o judiciário e os demais atores constitucionais. A teoria do diálogo inclusive vem sendo utilizada como uma forma de suprir legitimidades democráticas em sede de revisões judiciais.<sup>302</sup>

As teorias do diálogo oferecem uma alternativa para o preenchimento da lacuna da legitimidade das decisões judiciais pela atuação dialógica entre os setores políticos e as pessoas capazes de responder a revisão judicial, suprimindo ou atenuando a dificuldade contramajoritária, de titularidade do poder judiciário. Bateup inclusive ressalta que para muitos as teorias do diálogo entre o sistema judiciário e outros atores constitucionais é uma característica estrutural do sistema constitucional norte-americano. Motivo pelo qual referida teoria possui bastante atuação nos Estados Unidos e em outros países como o Canadá que as tem popularizado. O diálogo entre os tribunais e os poderes políticos do governo se faz presente no constitucionalismo mais também em decorrência da declaração de direitos que contém

---

<sup>300</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. In: Brooklyn Law Review, V. 71, 2006, p.1109- 1180.

<sup>301</sup> Ibidem.

<sup>302</sup> Ibidem, p.1109- 1180.

mecanismos que permitem respostas legislativas as decisões judiciais acerca de direitos. Dessa forma o Constitucionalismo atua diminuindo o déficit democrático através do diálogo entre os tribunais e os poderes políticos em sede de recurso judicial, sem excluir as características institucionais das Declarações de Direitos a serem incorporadas a teoria constitucional normativa.<sup>303</sup>

Para permitir um melhor estudo das teorias dialógicas Bateup pretende que as mesmas sejam estudadas separadamente com a resposta a duas perguntas. A primeira seria se os diálogos institucionais são capazes de alcançarem seus objetivos de resolver a objeção democrática a revisão judicial. Enquanto a segunda se refere a se deixando de lado a questão da legitimidade, as diferentes teorias proporcionam uma visão normativa do papel da revisão judicial no constitucionalismo democrático. Essas respostas vão variar a depender da teoria dialógica adotada. As teorias prescritivas tendem a privilegiar o papel dos magistrados na tomada da revisão judicial, de forma que o espaço político ficaria limitado para julgamento independentes, não fornecendo uma resposta satisfatória as questões de legitimidade. As teorias positivas, por sua vez entendem que essa preocupação com o aspecto contramajoritário é exagerada. O que enseja críticas as duas teorias pois falham em dar uma visão atrativa e normativa daquilo que uma revisão judicial deveria alcançar na sociedade moderna<sup>304</sup>

As teorias positivas mais promissoras para Bateup seriam a do “Equilíbrio” e da “Parceria”. A teoria do equilíbrio estaria voltada para um debate constitucional realizado pelo poder judiciário junto com a sociedade, a fim de que esta alcançasse a concepção que entenda ser a melhor possível, enquanto a da parceria chama atenção para as diferentes funções “judiciárias” e “legislativas” distintas que os poderes instituídos desempenham, propondo entre as mesmas um diálogo. Referidas teorias possuem uma preocupação quanto a sua legitimidade democrática, e quanto a sua análise normativa. As teorias prescritivas falham por sua análise ser desconectada da prática judicial dentro da ordem constitucional.<sup>305</sup>

As teorias dialógicas mais promissoras de diálogo constitucional são aquelas que são responsáveis por uma função judicial exclusiva que ajuda a alcançar melhores respostas sobre

---

<sup>303</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. In: Brooklyn Law Review, V. 71, 2006, p.1109- 1180.

<sup>304</sup> Ibidem.

<sup>305</sup> Ibidem.

questões constitucionais, mas que não privilegiam a contribuição judicial sobre a de outros autores.<sup>306</sup>

Bateup aborda a tipologia das diferentes teorias do diálogo constitucional na tentativa de demonstrar como as teorias respondem as preocupações contramajoritárias, e faz a análise normativa de como o controle jurisdicional deve ser realizado na sociedade moderna.<sup>307</sup>

As teorias prescritivas do diálogo estão mais associadas aos aspectos das teorias do método judicial. Defende que se deve utilizar técnicas de tomada de decisão judicial permitindo aos juízes que estimulem e incentivem o debate com e dentro dos poderes políticos. Tais teorias para a autora falham por não fazer uma análise suficiente da dinâmica positiva pré-existente do sistema constitucional. As teorias do aconselhamento judicial defendem que os juízes devem aconselhar os poderes políticos acerca dos problemas constitucionais sem qualquer caráter vinculativo. Os poderes instituídos terão a possibilidade de conhecer a visão do judiciário e por conseguinte quando criar uma norma levar em conta tais conhecimentos ou mesmo alterar um norma, a fim de evitar futuros problemas constitucionais.<sup>308</sup>

O judiciário através da teoria do aconselhamento poderia atuar de duas maneiras principais, a primeira seria a possibilidade de invalidar uma norma mas, prestar esclarecimentos aos ramos políticos através de “roteiros constitucionais”, elaborando “mapas caminhos” para edição de futuras leis a serem elaboradas. E a segunda forma seria deixar de invalidar, mas dar conselhos para que a norma seja reformada evitando futuros problemas. Referida teoria permitiria que o judiciário atuasse como parceiro do legislador na defesa do constitucionalismo, permitindo aos juízes a defesa de direitos de forma concomitante a facilitação de respostas políticas face as controvérsias constitucionais.<sup>309</sup>

Essa teoria recebe a crítica por parecer indicar que o poder judiciário é o mais capacitado para resolver questões relacionadas ao significado constitucional e avaliar a importância de valores constitucionais específicos. Acaba, por conseguinte, a privilegiar a voz constitucional, não detendo uma preocupação com a legitimidade democrática como afirma fazer. A teoria do aconselhamento não permite espaço real para o julgamento político independente, dando o privilégio da voz ao poder judiciário conduzindo a substituição gradual das considerações

---

<sup>306</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. In: *Brooklyn Law Review*, V. 71, 2006, p.1109- 1180.

<sup>307</sup> Ibidem.

<sup>308</sup> Ibidem.

<sup>309</sup> Ibidem.

legislativas relevantes por perspectivas judiciais. Não há espaço real para o julgamento político independente, e por conseguinte há a substituição gradual da opinião legislativa relevantes por perspectivas judiciais. Revela-se uma desconfiança na capacidade política do legislador de agir, sem a interferência judicial. O Judiciário acaba por dizer como deve ser interpretada uma legislação. Ou seja, em vez de apoiar uma verdadeira troca dialógica de ideias entre iguais, ou mesmo a criação de um espaço maior para os ramos políticos para deliberar de forma independente sobre questões de significado constitucional, o aconselhamento simplesmente encoraja os ramos políticos a dizer o que o judiciário diz.<sup>310</sup>

A teoria das regras centralizadas no processo defende que os legisladores levem em conta as considerações constitucionais quando da edição de estatutos políticos que importam em decisões de políticas públicas. Ao Judiciário cabe apenas analisar se as autoridades políticas têm se atentado a isso e caso comprovem que não, o sistema judicial poder força-los a reconsiderar tais valores. Referido teoria diferencia-se das demais justamente pelo fato do poder judiciário não adotar posturas positivas de provocação, mas permanece inerte observando qual será a atitude adotada pelo legislativo.<sup>311</sup>

As críticas as teorias relacionadas ao método judicial se centram no fato de que as mesmas se baseiam em um intercâmbio entre as estruturas formais de poder, no qual o judiciário repassa conhecimentos ao legislativo e este tem que estar aberto a receber tais esclarecimentos, incorporando as suas deliberações. Ademais, acaba-se por privilegiar os entendimentos firmados pelo poder judiciário, como se o mesmo detivesse a capacidade de ser o órgão maior na compreensão do sentido constitucional.<sup>312</sup>

As teorias estruturais do diálogo possuem uma maior preocupação com a forma, em detrimento do método. Nestas incluem as teorias de construção coordenada, teoria dos princípios jurídicos, teorias do equilíbrio e teorias de parceria. A teoria da construção coordenada defende que o poder judiciário pode realizar o controle da interpretação realizada pelos demais poderes constituídos, porém os poderes objetos de questionamento também tem a

---

<sup>310</sup> BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. In: Brooklyn Law Review, V. 71, 2006, p.1109- 1180.

<sup>311</sup> Ibidem.

<sup>312</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2010, p.92-101.

seu favor, em caso de desacordo, a possibilidade de provocar a corte com a reedição do ato censurado ou interpor recursos justamente como uma forma de questionar a censura recebida.<sup>313</sup>

A teoria dos princípios jurídicos entende que o judiciário é que detém competência institucional para decidir questões relativas a princípios e em caso de erro na realização de tal tarefa estaria sujeita a controle dos poderes políticos, surgindo aí o diálogo. Tal teoria recebe a crítica por que de certa forma privilegia sempre a interpretação do judiciário, que pode não guardar correspondências com a interpretação realizada pelo demais poderes constituídos. Em decorrência disso dentro dessa teoria se criou duas possibilidades quais sejam o controle político sobre a corte e a contribuição significa que o legislativo pode oferecer no estabelecimento de políticas públicas.<sup>314</sup>

O princípio do controle político sobre a corte permitiria aos demais poderes constituídos a atribuição de fiscalizar a aplicação de princípios realizada pelo judiciário. Tal teoria é criticada por que aparentemente dá uma vantagem que efetivamente não existe na prática, afinal são os juízes que tem competência especial para lidar com princípios e pelo fato de que o simples fato de os poderes políticos corrigirem os erros cometidos pelo poder judiciário não elimina a necessidade de se criar uma teoria interpretativa.<sup>315</sup>

O Princípio da Articulação legislativa da política permite que ao poder legislativo, órgão responsável por estabelecer políticas públicas seja dada a competência para conciliar múltiplos objetivos concorrentes em uma sociedade. O legislativo acaba por articular uma decisão de princípio decidida pelo poder judiciário de uma forma mais ampla. Novamente referida teoria recebe críticas por colocar o judiciário no eixo central, desempenhando o legislativo um papel subalterno.<sup>316</sup>

As Teorias de Equilíbrio são aquelas que não reconhecem qualquer capacidade especial do judiciário em lidar com as questões de direito. O judiciário figurará apenas como umas das instâncias de discussão, cabendo a sociedade escolher a interpretação que melhor lhe aprouver. As teorias do equilíbrio permitiriam a moderação judicial na busca pelo correto significado da constituição, apoiando a busca dos conceitos aceitos pela sociedade. Ocorre que para muitos a participação dos cidadãos no debate é bem inferior, aos demais setores, recebendo a teoria

---

<sup>313</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2010, p.92-101.

<sup>314</sup> Ibidem.

<sup>315</sup> Ibidem.

<sup>316</sup> Ibidem.

críticas quanto a sua real viabilidade, ademais inviabilizaria a interação institucional estabelecida pelo poder judiciário e os poderes políticos nas questões de menor apelo popular.<sup>317</sup>

A teoria da parceria vê nos mecanismos institucionais a melhor forma de criar um diálogo constitucional. Combinando a atuação do Legislativo que detém um viés coletivo com a perspectiva judicial, restrito a direitos individuais (questões de princípio), sem criar com isso uma maior competência para resolver questões relacionadas ao desacordo sobre os significados do direito. A combinação da atuação judicial com o legislativo em suas diferentes visões será o caminho para que o diálogo possa servir para fortalecer os direitos fundamentais. Os poderes atuam dessa maneira de forma complementar sem se falar em superioridade do judiciário frente aos demais. Tal teoria vai depender do engajamento do legislador, em não se submeter a interpretações realizadas pelos juízes. Essa teoria é criticada por Bateup pois ignora a dimensão social do diálogo, em benefício de aspectos institucionais. A combinação das duas dimensões para a autora é o que melhor e de forma mais promissora se enquadra na concepção de diálogo, motivo pelo qual propõe a fusão dialógica.<sup>318</sup>

A fusão dialógica permitiria a combinação das teorias do equilíbrio e da teoria da parceria de maneira a se compreender melhor os aspectos institucionais e sociais relacionados ao diálogo. O significado da Constituição seria formado por diversos atores. Formado este consenso as decisões seriam mais resistentes e aceitas pelos demais cidadãos. Permitindo uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo e por conseguinte como os diferentes atores constroem o significado da constituição. O que se deixa indefinido é o caminho que cada governo vai seguir na atribuição de definir como esses diálogos deveriam ser realizados a fim de fortalecer o judiciário e os demais poderes instituídos. Afinal, o legislativo e executivo têm uma visão mais coletiva e o judiciário mais restrita, a um caso concreto<sup>319</sup>.

Analisando a perspectiva dos diálogos institucionais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro faz-se necessária uma inicial constatação que se refere a relação entre a política e o direito, pois a relação entre tais institutos estará presente em todo o processo de interação entre os poderes políticos envolvidos na construção das decisões judiciais e no estabelecimento de políticas públicas, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais de índole social. Ao criar uma política pública o Estado explicita os fatores de poder que estão atuando naquele

---

<sup>317</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2010, p.92-101.

<sup>318</sup> Ibidem.

<sup>319</sup> Ibidem.

momento histórico em relação a interesses públicos que devem ser perseguidos pela administração. O que demonstra a relação direta entre o espectro social e político do agente público quando da implementação das políticas públicas, o que pode constituir uma demonstração clara de que o mundo jurídico pode ser penetrado pela política assim como o legislativo, como instância representativa do povo, pode apresentar vulnerabilidade pelas más escolhas realizadas<sup>320</sup>.

Política Pública compreendida a partir de conceituação elaborada pela Professora Maria Paula Dallari Bucci quando dispõe que “Políticas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados<sup>321</sup>.”

Apesar das implicações que a interferência política pode representar junto ao aparato do Estado, a mesma faz-se necessária justamente por permitir o relacionamento entre as diversas partes do mosaico social e por trazer desenvolvimento ao país, abandonando com isso soluções exclusivamente técnicas. A Constituição Federal de 1988 ao prever o Estado social baseado no desenvolvimento de políticas públicas para prestação de serviços dá relevância a atuação do Estado, no qual o direito figura apenas como um dos elementos constitutivos. O direito constitucional e administrativo vem sendo chamado como disciplinas aptas a concretizar a implementação dos valores constitucionais através das políticas públicas, ocorre que a interferência da política vem comprometendo a sua efetividade ensejando consequentemente a recorrente intervenção do poder judiciário<sup>322</sup>.

Os poderes legislativos e executivo por deficiências relacionadas a estrutura administrativa e ao entendimento político vem inviabilizando a implementação de uma constituição dirigente e programática. O Legislativo e o Executivo devem traçar as diretrizes da Administração Pública cabendo ao executivo implementá-las, ocorre que isso não vem ocorrendo na realidade, justamente pelo conflito existente entre os atores políticos em definir qual perfil de política pública será adotado. Sem essa articulação entre os poderes constituídos o executivo e legislativo não conseguem estabelecer uma política pública efetiva e consequentemente a implementá-la, o que ensejará a intervenção recorrente do poder judiciário em prejuízo aos diálogos institucionais<sup>323</sup>.

---

<sup>320</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.241-244.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 241.

<sup>322</sup> Ibidem, p.241-250.

<sup>323</sup> Ibidem.

Maria Paula Dallari Bucci assim lenciona:

Quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental; a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos. Isto é verdadeiro especialmente no campo dos direitos sociais, como saúde, educação e previdência, em que as prestações do Estado resultam da operação de um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recurso financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem-sucedida<sup>324</sup>.

A política pública cria um paralelo entre a formulação da política e a atividade de planejamento, a atividade esta que detém características de ordem técnica e política voltadas a concretização de direitos constitucionais sociais. Sem esse intercâmbio de informações e definição dos valores que se vai tutelar através dos recursos públicos disponíveis, o Estado não consegue concretizar os valores constitucionais vigentes, o que ensejará a atuação supletiva do poder judiciário, desempenhando atribuições que sobre si não recaem, mas que acaba por intervir pela sua posição de supremacia e pela necessidade de assegurar direitos básicos a população.

A crise de gestão pela qual o Estado passa e a supremacia do poder judiciário, prevista expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, no que se refere a resolução de conflitos relacionados a dispositivos constitucionais constituem o ingrediente perfeito para atuação cada vez mais recorrente e invasiva do poder judiciário, considerando a extensa lista de direitos de índole constitucional, principalmente daqueles em que havia uma crise quanto a efetividade, pois dependiam de um agir estatal para a sua devida implementação. Ocorre que a prestígio adquirido pelo Supremo Tribunal Federal e conseqüentemente pelo poder judiciário ensejou o reforço da tese quanto a legitimação do referido poder de exercer a representação argumentativa, em detrimento da interpretação realizada pelos demais poderes políticos e pela sociedade. O que compromete a separação dos poderes e conseqüentemente o Estado Democrático de Direito<sup>325</sup>.

As teorias dialógicas por deter natureza política e vinculada ao direito, com abrangência nos setores políticos que participam da formulação das políticas públicas figuram como um dos instrumentos para a resolução da crise institucional, afinal almejam criar uma posição intermediária, na qual se busca estabelecer um diálogo entre os poderes atendendo ao espaço

---

<sup>324</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 249.

<sup>325</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 101- 107.

institucional que cada um detém. Através das teorias dialógicas se propõe justamente estabelecer um diálogo entre os poderes para definição das prioridades a serem atendidas, de acordo com os direitos constitucionais expressamente previstos. A partir do momento em que o poder legislativo e executivo concretizarem direitos por meio do estabelecimento de políticas públicas concretas e efetivas, gerará, por conseguinte, uma redução quanto a atuação do poder judiciário através do ativismo judicial e da judicialização excessiva, viabilizando um diálogo institucional paritário entre os poderes construídos.

A teoria dialógica, juntamente com o planejamento efetivo, deve ser utilizada como instrumento de garantia dos direitos, de balanceamento dos poderes frente a natureza democrática do Estado ensejando com isso a retração do poder judiciário, através do planejamento, e consequentemente redução da prática judicial ativista, ensejando com isso um diálogo igualitário entre os poderes constituídos. Os poderes instituídos devem criar um constitucionalismo cooperativo dando ênfase a atuação do poder legislativo e executivo quanto a implementação de políticas, através do planejamento e, por conseguinte, reduzindo o espaço de atuação do poder judiciário no que toca as ações judiciais<sup>326</sup>.

Nesse sentido Fábio Corrêa Souza e Larissa Pinha de Oliveira assim discorrem:

Neste sentido, porquanto a compreensão da existência deve se operar “no horizonte dos de outros existentes” é que vislumbra-se como desejável a perspectiva de um *constitucionalismo cooperativo*, integrativo comunicativamente (para mais dois órgãos estatais), entre Estados, cujo alicerce deve repousar no protagonismo da comunidade (*sociedade aberta dos intérpretes*)<sup>327</sup>.

Nessa sistemática a atuação do poder judiciário, através da judicialização e do ativismo, está relacionada a ausência de políticas públicas efetivas que decorrem da crise de representatividade ou da inércia do legislativo em enfrentar demandas que geram um grande apelo político e social. Identificada essas deficiências se estabelecerá através do planejamento elaborado pelo poder legislativo e executivo políticas públicas efetivas, viabilizando a concretização dos valores constitucionais e por conseguinte a redução da atuação do poder judiciário. Pois só assim haverá possibilidade de criar dialógicas institucionais paritários entre os poderes. Sem a atuação do poder legislativo e do Executivo no sentido de viabilizar a concretização de direitos sociais como a saúde, através do planejamento, a atuação do judiciário

---

<sup>326</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2010, p. 101- 107.

<sup>327</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha. *Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica*. Juris Poesis, São Paulo, ano 14, n.14, jan-dez, 2011, p. 106- 107.

se tornará cada vez mais recorrente e legítima pois, foi chamado a isso através de instrumentos processuais legítimos<sup>328</sup>.

O diálogo envolve uma atuação permanente e constante de provocações recíprocas para aprimorar o sentido e a efetividade do texto constitucional. O que se pretende através do diálogo é justamente estabelecer o equilíbrio entre os poderes instituídos, viabilizando com isso o resguardo dos postulados democráticos, afinal, o governo pertence ao povo e por ele deve ser exercido, através de representantes regularmente eleitos<sup>329</sup>. Porém, para se chegar a uma atuação dialógica faz-se necessário que o poder legislativo e executivo atuem adotando políticas públicas efetivas através do planejamento, pois sobre si recaem tais atribuição, viabilizando a paridade entre os órgãos instituídos e conseqüente equidade no diálogo a ser estabelecido.

Em Diálogos Institucionais e Ativismo assim discorre:

(...) adoção de um modelo de um modelo dialógico, que prescindida da supremacia do poder Judiciário evidencia a parcela de responsabilidade de cada poder na sua ação e inércia. Isto transforma o ativismo não numa prática nefasta de um poder revestido de supremacia, mas numa trilha institucional que, uma vez eleita pelo Judiciário, pura e simplesmente não recebeu do Legislativo a reação que lhe era explicitamente autorizado a formular<sup>330</sup>.

A inércia dos poderes legislativo e executivo em bem concretizarem os valores fundamentais não podem inviabilizar o projeto constitucional, ensejando a atuação do poder judiciário justamente como instrumento garantidor, assegurando com isso os postulados da Dignidade da Pessoa Humana. O poder legislativo e o Executivo através de planejamento devem trazer de volta para si a atribuição de estabelecer políticas públicas eficazes, resguardando os direitos constitucionais, em detrimento de posições políticas. Só assim o poder judiciário reduzirá o ativismo e a judicialização, permitindo uma equalização entre os poderes instituídos, sem pôr em risco o sistema democrático, viabilizando um efetivo diálogo entre os poderes instituídos.

---

<sup>328</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2010, p. 101- 107.

<sup>329</sup> Ibidem.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 111.

## CONCLUSÃO

A judicialização excessiva e o ativismo judicial permeiam o cenário jurídico brasileiro, principalmente no que concerne à atuação do poder judiciário em demandas afetas a políticas públicas estabelecidas pelo executivo e legislativo para a implementação do direito à saúde. A judicialização e o ativismo figuram como instrumentos aptos a tutelar e resguardar direitos que por inércia ou deficiência de atuação do poder público constituído não estão tendo a devida implementação através de políticas públicas efetivas.

Estes fenômenos do direito brasileiro, embora não se confundam, apresentam similaridades em relação às causas que os ensejam. Ambos provêm do fenômeno da redemocratização e da edição da Constituição Federal de 1988, na qual constou expressamente a previsão quanto à tutela de direitos relacionados à saúde e ao fortalecimento do poder judiciário como órgão de resguardo dos postulados vigentes. A Constituição Federal, com um perfil analítico e dirigente, cria um rol amplo de direitos fundamentais no qual se inclui o direito à saúde, revestindo-os de eficácia direta e imediata, o que enseja a atuação do poder judiciário na sua concretização.

A população adquire consciência quantos aos seus direitos e cobra através do poder judiciário a sua devida implementação. O poder judiciário passa a figurar como um garantidor do texto constitucional. A inércia do poder legislativo e executivo que não acompanham a transição do modelo liberal para o social geram descrédito da população, que se socorrem ao poder judiciário para que os direitos sejam efetivamente resguardados. A separação dos poderes que previa a divisão de atribuições justamente para trazer uma paridade entre os poderes instituídos se vê ameaçada, comprometendo os postulados democráticos vigentes.

O judiciário adquire centralidade por viabilizar a implementação de direitos relacionados à saúde, que por desídia dos demais órgãos não estão sendo efetivamente concretizados, comprometendo o projeto constitucional. Em decorrência da atuação recorrente do poder judiciário se cria dois fenômenos, a judicialização excessiva e o ativismo judicial. A judicialização é entendida como a atuação do poder judiciário no sentido de concretizar direitos que não estão recebendo a devida implementação por parte dos poderes constituídos, enquanto o ativismo está associado à discricionariedade da atuação judicial, no sentido de que o magistrado profere decisões baseadas em entendimento pessoal. Isso demonstra que o ativismo

é mais danoso, pois apesar de almejar a implementação dos direitos, o faz a partir de concepções íntimas e individuais de quem profere a decisão.

O ativismo judicial, por dar azo a concepções pessoais do intérprete, deve ser evitado, enquanto que a judicialização, por ser utilizada como instrumento de implementação de direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, dá força e efetividade ao texto constitucional. No entanto, apesar dessa importância que a judicialização possui como instrumento de concretização de valores constitucionais, esse fenômeno recebe críticas por parcela da doutrina, que defendem a natureza programática do direito à saúde, a ausência de legitimidade democrática do poder judiciário, a ausência de conhecimento técnico em políticas públicas por parte do judiciário, além da possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível, a qual restringe a efetividade dos direitos, no limite daquilo que for financeiramente possível.

A judicialização e o ativismo, embora figurem como instrumentos de concretização de direitos constitucionalmente previstos, como a saúde, ocasionam um desequilíbrio entre os poderes instituídos, pois invadem atribuições que pertencem aos poderes executivo e legislativo no que concerne à criação de políticas públicas eficazes. Dessa forma, ensejam prejuízos relacionados ao risco à continuidade de serviços públicos, desigualdade entre os cidadãos, crescimento da discricionariedade judicial, comprometimento ao sistema democrático e contaminação das decisões judiciais por aspectos políticos.

O que denota que embora a judicialização e o ativismo venham sendo utilizados como instrumentos para a concretização de direitos constitucionalmente previstos em virtude da inércia do poder legislativo e executivo em criar políticas públicas eficazes, tal postura do poder judiciário deve ser retraída, sob pena de se criar um superpoder que interferirá demasiadamente na estrutura dos demais, comprometendo a separação dos poderes e o sistema democrático.

A saúde como um direito social de matriz fundamental expressamente previsto no texto constitucional visa resguardar o bem estar físico, mental e social do cidadão, assegurando com isso uma vida digna. No entanto, referido direito ainda apresenta baixa normatividade, pois necessita da atuação do poder legislativo e executivo na criação de políticas públicas eficazes para a sua concretização. O Estado precisa ser chamado a atuar em áreas que demandam a sua intervenção. O Estado deve superar o paradigma do liberalismo e trazer para si a responsabilidade em instituir políticas sociais e econômicas aptas a viabilizar/implementar valores constitucionais.

O direito à saúde, por se revestir de fundamentalidade, cria o dever de agir do poder público, de forma que a simples alegação de que o mesmo detém a natureza de direito prestacional não lhe retira a obrigatoriedade. Os direitos prestacionais, nos quais se incluem o direito à saúde, exigem um agir estatal, não podendo o poder público permanecer omissos em suas atribuições. Uma das grandes dificuldades que giram em torno do direito à saúde se refere à vagueza dos dispositivos que o preveem, comprometendo sua efetividade, pois estas normas ficam sujeitas a modulações jurídicas. Porém, o simples fato do direito à saúde ser previsto de uma forma vaga ou imprecisa não pode ensejar a sua inefetividade, afinal, detemos uma Constituição dirigente que almeja através de políticas econômicas e sociais direcionar a atuação do poder público na concretização de direitos.

O direito à saúde é um direito fundamental, compondo a estrutura da sociedade brasileira, o que enseja a atuação do poder público na criação de políticas públicas que superem o comportamento individualista e almejem o resguardo dos direitos sociais, respeitando a vida e a dignidade de seus cidadãos. O direito à saúde é um direito fundamental sob uma perspectiva formal e material, pois encontra-se previsto no texto constitucional de forma expressa, servindo de parâmetro para a legislação e visa tutelar os valores mais elevados da sociedade. Isso garante aos cidadãos a possibilidade de reivindicá-lo perante o poder judiciário face à inércia ou deficiência quanto à implementação de políticas públicas que a ele se refiram.

O direito a saúde embora seja entendido como uma norma de eficácia limitada de fundo programático, que necessita da criação de programas por parte do poder público no sentido de viabilizar a sua concretização, não pode se reduzir à letra morta. Afinal há um dever imposto ao poder público nele compreendido o poder legislativo e executivo de implementar referidos direitos através de políticas públicas. O fato de o direito à saúde deter uma carga de imprecisão não lhe retira a força normativa. Posturas que relegam o direito à saúde a patamares inferiores por necessitar de atuação do poder público na sua implementação subvertem o objetivo constitucional.

O equívoco que permeia a implementação dos direitos sociais encontra-se presente inclusive quando se analisa as gerações/dimensões dos direitos, tendo em vista que referida classificação quando realiza a diferenciação entre direitos de 1ª geração e 2ª geração, os distingue em direitos de defesa e direitos de prestação, criando a falsa ideia de que os direitos de defesa por não dependerem de um agir estatal não possuiriam custos, enquanto os direitos prestacionais exigiriam atuação do Estado e por conseguinte gerariam custos. Entendimento que se mostra equivocado em se considerando que alguns direitos de defesa possuem custos a

serem implementados que estão embutidos na estrutura da administração, o que contribui para o enfraquecimento dos direitos sociais, inviabilizando a sua plena efetividade.

A teoria da reserva do possível e do mínimo existencial entendidas de uma forma correta, também não podem constituir fundamento apto a inviabilizar a concretização do direito à saúde, devendo ser utilizada de forma razoável a fim de evitar o sacrifício à efetividade dos direitos sociais.

Ocorre que, apesar da importância que o direito à saúde detém no sentido de concretizar o direito a uma vida digna, esse direito ainda é objeto de diversas demandas no âmbito judicial, em decorrência da ineficiência dos poderes legislativo e executivo em implementar políticas públicas eficazes. Assim, os Tribunais Superiores brasileiros têm sido chamados a atuar para suprir as deficiências e viabilizar a concretização dos valores constitucionais. E essa atuação do poder judiciário vem evoluindo justamente para atender de forma mais célere as necessidades sociais. Inicialmente as altas cortes adotavam a tese da fazenda pública, inviabilizando os pleitos relacionados ao direito sanitário, porém com o decorrer dos anos se vê uma maior abertura ao tema com o fornecimento de diversos medicamentos, demonstrando-se o descompasso entre as necessidades sociais e as políticas públicas estabelecidas pelo executivo.

Daí a importância de se fortalecer institutos como o planejamento, orçamento e os diálogos institucionais como instrumentos aptos a viabilizar a retomada pelo poder executivo e legislativo de suas atribuições em criar políticas públicas eficazes, para a efetivação do direito fundamental à saúde.

O planejamento, entendido como um instrumento de definição de estratégias a serem utilizadas pelo poder público, permite a definição de como os investimentos serão realizados levando em conta os custos e benefícios sociais. O planejamento viabilizará a criação de políticas públicas eficazes, atendendo as necessidades sociais e, por conseguinte, aos direitos constitucionalmente previstos. Sem planejamento não há como se criar políticas públicas, e é justamente a ausência de políticas públicas que enseja a invasão do poder judiciário em competência que originalmente recai sobre os outros poderes.

A experiência de planejamento no âmbito jurídico-político brasileiro ainda se mostra bastante deficitária. Até o momento se pode citar poucos exemplos como o Plano de Metal, Plano Trienal e o II Plano Nacional de Desenvolvimento. Além do mais, estes planos são bastante criticados, pois, embora tenham previstos estratégias a serem adotadas, acabavam por

centralizar a distribuição de recursos em áreas determinadas, privilegiando determinadas regiões em detrimento das demais.

O planejamento através da sua previsão constitucional deve funcionar como instrumento efetivo de desenvolvimento, garantido com isso a concretização dos direitos constitucionalmente previstos, porém o que se vê no Estado Brasileiro é uma deficiência na estrutura administrativa e ausência de vontade de planejar, inviabilizando a implementação do plano constitucional. Aspectos políticos e econômicos também interferem no planejamento e inviabilizam a sua previsão, comprometendo a atuação do poder público.

De outro lado, o orçamento, como instrumento de previsão de receitas e despesas, permite ao poder público prever e planejar como os recursos serão efetivamente gastos, atendendo as necessidades sociais. Porém, não há que se confundir orçamento com planejamento, reduzindo o planejamento à uma mera peça orçamentária. Afinal o planejamento não se limita à previsão de receita e despesa, prevendo os diversos valores e direitos a serem implementados a partir da atuação do poder público.

O orçamento, através do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual trará o equilíbrio financeiro e racionalizará a atividade econômica, constituindo instrumento a favor do planejamento para a implementação de políticas públicas eficazes e necessárias à concretização dos valores constitucionais, principalmente os relacionados à saúde.

E nesse cenário, os diálogos institucionais permitiriam a interação entre os poderes instituídos, com o intercâmbio de informações e valores que se visa tutelar. As teorias dialógicas almejam a criação de um consenso pelos diversos atores acerca de pontos relevantes e de significado constitucional. O caminho acerca da significação dos direitos constitucionais deverá ser construído através do diálogo entre os poderes, de forma paritária, sem a supremacia de um entendimento em face dos demais.

As teorias do diálogo institucional a serem utilizadas seriam as do equilíbrio e da parceria. A do equilíbrio não reconheceria qualquer capacidade especial do poder judiciário em lidar com questões relacionadas ao direito, enquanto a teoria da parceria permitiria a atuação conjunta do âmbito judicial, legislativo e executivo com suas diversas visões para viabilizar através do diálogo a concretização de direitos. Portanto, através da fusão dialógica entre essas teorias poderia se criar o significado da Constituição por diversos autores.

Conclui-se que a retomada pelo poder executivo e legislativo de suas atribuições a partir da criação de políticas públicas eficazes, baseadas no planejamento, implicará a redução gradativa da judicialização e do ativismo judicial, o que ensejará, conseqüentemente, a retração do poder judiciário às atribuições que de fato lhe pertencem. Viabilizando posteriormente um diálogo paritário entre os poderes executivo, legislativo e judiciário na concretização de valores relacionados ao direito à saúde.

## BIBLIOGRAFIA

ALVES, Tanlin Cristina Bernardo; ALVES, Lucélia de Sena. *A Judicialização da Saúde no Estado de Minas Gerais: uma análise sob os aspectos jurídicos-econômicos*. Revista Pensar Direito, Belo Horizonte, v.7, n.2, Jan/2016. Disponível em: <[http://revistapensar.com.br/direito/pasta\\_upload/artigos/a248.pdf](http://revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a248.pdf)>. Acesso em: 25.10.2017

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: a direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial*. Interesse Público, Belo Horizonte, v.9, n.46, p.31-61, nov/dez, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 23.10.2107.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATEUP, Christine. *The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. In: Brooklyn Law Review, V. 71, 2006, p.1109- 1180.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. *Direito Econômico, Planejamento e Orçamento Público*. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2015.

BORGES, Alice Gonzalez. *Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.25, p.9-44, abr/jun, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CAMPOS, Dejalma de Campos. *Direito Financeiro e Orçamentário*. São Paulo: Atlas, 1995.

CANOTILHO, J. J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed.Coimbra: Almedina, 2015.

CANOTILHO, J.J Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves Correia; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO JUNIOR, José Celso; Santos, Eugênio A. Vilela dos Santos (org). *PPA 2012-2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, 2015.

COSTA, Isabela Alves Pereira Gaião. *Judicialização das Medidas Estatais colaboradoras à redução dos impactos nas políticas públicas de saúde*. IOB- Repertório de Jurisprudência: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, v.3, n.12, p.456-450, jun, 2013.

COSTA, Jorge Gustavo da. *Planejamento Governamental: A experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

DAHL, Robert. *Tomada de Decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.252, p.25-43, set/dez 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *O direito à Saúde*. Revista de Saúde Pública, São Paulo, n. 22, p. 57-63, 1988.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MASTRODI, Josué; ALVES, Abner Duarte. *Sobre a teoria dos custos dos direitos*. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, Vol.09, n.02, p. 695-722, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed.São Paulo: Saraiva, 2009.

NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha. *Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica*. Juris Poesis, São Paulo, ano 14,, n.14, jan-dez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Vírgilio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba. Juruá, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela Coletiva do direito à saúde*. São Paulo: Lemos de Oliveira, 2011.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOUZA, Nelson Melo E. *O planejamento Econômico no Brasil: considerações críticas*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 46, n.6, 2012, p. 59-112.

STRECK, Lenio Luiz. *Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada*. Revista UNOESC: Joaçaba, v.17, n.3, p.721-732, set/dez, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *O ativismo Judiial Existe ou é imaginação de alguns*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em 23.10.2017.

STRECK, Lênio Luiz. *A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, vol.2, p.25-64, 2002.

TASSINARI, Clarissa. *Judicialização e Ativismo Judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18.ed. São Paulo: Renovar, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial*. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo “à brasileira”*. Revista de Direito GV, São Paulo, v.4, n.2, p.407-440, jul/dez, 2008.

VIEIRA, André Luís; RODRIGUES, Tiago Alves Barbosa. *Ativismo Judicial- evolução, relevância e limites*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, v.12, n.45, p.73-96, abr/jun, 2014.