

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

VANESSA KAREM BANDEIRA DE LIMA

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

NATAL/RN

2013

VANESSA KAREM BANDEIRA DE LIMA

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Prof. Esp. Déborah Leite da Silva.

NATAL/RN

2013

**O ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À SAÚDE**

BANCA EXAMINADORA:

Prof. . Esp. Déborah Leite da Silva.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Ms.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Prof. Dr.

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: ____ / ____ / ____

Á minha mãe que por toda vida apresentou-se como um exemplo de mulher a ser seguido. Sempre mostrando que o estudo é a melhor opção do homem.

Ao meu pai pelo exemplo e a saudade que deixou.

Ao meu irmão que tenho tanto amor.

Ao meu companheiro desta e de outras vidas, que a cada dia me ensina mais que amar.

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora e mestre, professora Deboráh Leite, não só por me fazer descobrir o amor pelo direito civil, mas também, por todo seu auxílio e generosidade na busca da concretização deste trabalho monográfico.

Aos funcionários que me auxiliaram, durante todos os semestres do curso, à conseguir uma vaga no campus de Natal através da movimentação interna.

A todo o corpo docente da universidade que me permitiram conhecer um pouco do vasto universo do Direito.

À professora Flavianne por toda a compreensão que teve comigo ao final do curso e durante o Exame de Ordem. Como também à professora Aurélia, que de forma ímpar foi uma grande amiga, juntamente com seus pais, por todo o período que estudei e morei na Cidade de Nova Cruz.

Aos meus amigos e colegas ao longo desses cinco anos de curso.

A minha mãe e meu irmão pelo incentivo e crença diário no meu sucesso, não medindo esforços para que pudesse concretizar esta graduação.

Ao meu querido consorte, por ser o meu maior incentivador. Por toda sua paciência e dedicação que me inspiram a ser melhor.

Principalmente à Deus, pelo oportunidade de viver, dotada de todas as faculdades humanas e a possibilidade de a cada dia ter uma nova oportunidade de ser melhor.

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir o ativismo judicial e a efetividade das tutelas requeridas junto ao Poder Judiciário no contexto do direito social à saúde. Isto porque, crescente se tornou a atividade do citado Poder frente a efetivação de direitos de segunda geração, em especial o direito à saúde, objeto central do presente trabalho. Ressalte-se que o aludido direito, apesar de constitucionalmente apresentar um caráter programático, ou seja, depende da atividade legislativa e da execução de políticas públicas pelo Executivo, passou a assumir novos contornos, apresentando um caráter de subjetivismo e, desse modo, permitindo ao cidadão pleitear judicialmente a sua efetivação. Assim, o Judiciário passa a não mais tutelar apenas direitos individuais de primeira geração, mas, também, a garantir a concretização de direitos sociais que beneficiam todo um corpo de cidadãos. Desta maneira, a função jurisdicional estatal se elastece, na busca da efetivação dos ditames constitucionais e no contexto de ações de caráter individual. Surge, então, nesse cenário, a grande problemática que permeia o tema, a partir de questionamentos acerca da legitimidade da atuação mais ampla do Judiciário na efetivação de direitos sociais, de maneira a beneficiar apenas o indivíduo que litiga, e, potencialmente, interferir na execução das políticas públicas e usurpar funções de outros poderes, pondo em xeque o modelo tripartido de poderes; ademais, discute-se acerca da falta de representatividade do Judiciário para eleger políticas públicas, já que os magistrados não são eleitos democraticamente. Divergentes são, pois, os posicionamentos acerca da matéria, havendo os que defendem que o Judiciário deve sim agir na hipótese de omissão dos demais poderes, sem que isso implique em ingerências indevidas; bem como os que defendem que o ativismo é um mal, na medida em que torna o Judiciário um superpoder, atuando em relação a questões para as quais não recebeu competência constitucional. Nesse sentido, relevante se torna a pesquisa acerca do tema, na medida em que viabilizará a constatação acerca da viabilidade dessa ampliação da atuação do Judiciário com fins de concretização dos direitos encartados na Constituição Federal.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial, Direitos Sociais, Efetividade.

ABSTRACT

This paper discusses the effectiveness of judicial activism and guardianships required by the judiciary in the context of the social right to health. This is because, increasingly became the activity of said power forward the realization of second generation rights, especially the right to health, the main object of this work. It should be noted that the aforementioned right, although constitutionally present a programmatic character, ie depends on the legislative activity and the implementation of public policies by the executive, has assumed new dimensions, presenting a character of subjectivity and thus allowing the citizen claim judicially its effectiveness. Thus, the judiciary shall no more safeguard individual rights only first generation, but also to ensure the realization of social rights that benefit an entire body of citizens. Thus, the jurisdictional state if elastece in pursuit of fulfillment of constitutional principles and actions in the context of individual character. Arises, then, in this scenario, the most serious problem that pervades the subject from questions about the legitimacy of the broader role of the judiciary in the realization of social rights, so as to benefit only the individual who litigates, and potentially interfere with the implementation of public policies and usurping functions of the other branches, calling into question the tripartite model of power; addition, it discusses about the lack of representativeness of the judiciary to elect public policy, since judges are not elected democratically. Divergent are therefore the positions on the matter, with those who argue that the judiciary should rather act in the event of failure of other powers, without this implying undue interference, as well as those who argue that activism is an evil in extent to which the judiciary becomes one superpower, working on issues for which no constitutional authority received. In this sense, becomes relevant research on the topic, in that it will enable the realization about the viability of this expansion of the role of the judiciary with the purpose of realization of the rights attached to each Federal Constitution.

Keywords: Judicial Activism, Social Rights, Effectiveness.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	9
1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS	12
1.1 DAS FUNÇÕES ESTATAIS	12
1.1.1 <i>Função executiva/administrativa</i>	15
1.1.2 <i>Função legislativa</i>	16
1.1.3 <i>Função jurisdicional</i>	17
1.2 DOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO.....	19
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FUNÇÃO JURISDIACIONAL.....	22
1.3.1 <i>Inafastabilidade do controle jurisdicional</i>	22
1.3.2 <i>Efetividade</i>	24
2 A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....	27
2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL	27
2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: GERAÇÕES/DIMENSÕES.....	30
2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E A DESCONSTRUÇÃO DO SEU CARÁTER PROGRAMÁTICO.....	34
2.4 O DIREITO À SAÚDE E A SUA VIABILIZAÇÃO MEDIANTE A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	38
3 A AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – ATIVISMO JUDICIAL.....	43
3.1 CONCEITO E CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO.....	43
3.2 PONTOS CONTROVERSOS.....	47
3.2.1 <i>Suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes</i>	48
3.2.2 <i>Falta de caráter representativo do Poder Judiciário</i>	51
3.2.3 <i>Implicações danosas em relação à organização orçamentária estatal</i>	54
4 O ATIVISMO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA	59
4.1 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL.....	59
4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	63
CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	85

INTRODUÇÃO

Nos últimos dez anos, crescente é o número de demandas em que o corpo social busca judicialmente a efetivação de seus direitos. Talvez a causa decorra do acesso à justiça, ou do conhecimento por parte da sociedade acerca dos seus direitos. Mas o presente trabalho não se deterá à análise dessas causas, mas, partindo da ampliação da judicialização das pretensões, sobretudo no que concerne aos direitos sociais, discutir a postura assumida pelo Judiciário nesse contexto.

Há de se destacar que a partir da implantação do Estado social, garantias fundamentais foram atribuídas ao cidadão, decorrentes principalmente de sua condição humana, consagrando como princípio máster a dignidade da pessoa humana.

Neste âmbito, ganha destaque a busca do cidadão pela efetivação do seu direito social e, principalmente, constitucional de ter acesso à saúde. Desse modo, ante a omissão estatal no sentido de, através de políticas públicas, efetivar tais direitos, busca o cidadão o Poder Judiciário no afã de ver sua pretensão atendida. E é justamente essa judicialização da saúde que faz surgir questionamentos acerca da legitimidade do Judiciário para atuar decidindo tais matérias. Isto porque, quando o Judiciário passa a indicar a forma como o Estado deve proceder na efetivação do direito à saúde, poderia estar assumindo a função que cabe ao Executivo no momento em que realiza a consecução das políticas públicas, afrontando diretamente o modelo adotado da tripartição dos poderes. Assim, buscar-se-á analisar se o Judiciário assume uma função que extrapola as suas prerrogativas funcionais, bem como quais as consequências desse agir, pois cada comando jurisdicional deferido pelo magistrado representa diretamente um comando imperativo a ser cumprido pelo Estado, o que tem implicações orçamentárias. Tal discussão é permeada por discussões que envolvem o mínimo existencial e a reserva do possível.

A busca pela máxima e abrangente linha interpretativa da Constituição, baseada no próprio ordenamento jurídico vigente, conceitua basicamente o ativismo judicial. Conceito que apesar de não ser novo e ter relativa abordagem nas cadeiras de graduação, incipiente ainda é o seu estudo, que se aprofunda mais em nível de

pós-graduações. Nesse sentido, tem-se que o Ativismo Judicial, por si só, já se apresenta como um tema extremamente relevante e atual, sobretudo em virtude dos diversos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal frente às omissões legislativas. No entanto, a questão ganha ainda mais vulto quando se trata dessa nova postura do Judiciário na tentativa de dar máxima efetividade à Carta Magna, passando a decidir além de omissões legislativas, também, executivas e em um âmbito mais restrito e regional. Nesse contexto, ressalta-se a atuação mais ampla do Judiciário no contexto da saúde pública, o que será mais profundamente estudado no presente trabalho, cuja sistemática se apresenta abaixo.

Assim, no primeiro capítulo, tratar-se-á a respeito do modelo de funções tripartido proposto por Montesquieu, delineando-se as diversas funções do Estado, sejam de caráter típico ou atípico.

Em seguida, será abordado o escopo da jurisdição, enfatizando-se a sua atuação diante da demanda já judicializada, frente ao processo material, bem como os princípios norteadores de tal função estatal, destacando-se os princípios da inafastabilidade da jurisdição e da efetividade do processo, como coadjuvantes do ativismo judicial, considerando-se que o Judiciário não se eximirá da apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direitos, como também buscará dar máxima efetividade não só à tutela jurisdicional, como ao corpo normativo previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo serão focados os direitos sociais, partindo-se de sua conceituação e previsão constitucional e posterior apresentação e classificação destes direitos em gerações ou dimensões.

No que tange à consecução dos direitos sociais, analisar-se-á, inicialmente, a sua programaticidade e, em seguida, discorrer-se-á a respeito da desconstrução deste conceito, visto que, no que se refere à saúde, este direito deixou de ser programático, passando a possuir caráter subjetivo, permitindo ao cidadão pleitear a efetividade deste direito perante o Judiciário.

Assim, diante de todas as ponderações e conceituações feitas a respeito das funções estatais e dos direitos sociais, adentrar-se-á no terceiro capítulo, tratando-se, de forma específica, acerca do ativismo judicial. Primeiramente, conceituar-se-á o ativismo, realizando-se a diferenciação entre este conceito de o de judicialização de política, que, aliás, é um tipo de consequência do modelo de Estado adotado pelo corpo social.

Em seguida, serão levantados os pontos controversos que envolvem o ativismo judicial, suscitando inclusive a suposta quebra do modelo tripartido de poderes, à medida em que o Judiciário vem a interferir, através de suas decisões, nas outras duas esferas de poder. Ressaltar-se-á, ainda, a falta de representatividade do Poder Judiciário e a sua interferência “danosa” no orçamento público.

O último capítulo reservar-se-á a tratar a respeito do ativismo judicial frente à saúde pública, discorrendo inicialmente sobre os conceitos de reserva do possível e mínimo existencial, contrabalançando-se ambos os princípios frente à concretização da dignidade da pessoa humana e ressaltando-se a ponderação a ser realizada pelo Estado Juiz frente ao caso concreto.

Ademais, trará tal capítulo um contraponto jurisprudencial entre decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, referentes às mesmas matérias, onde se fará uma análise da aplicabilidade dos conceitos de reserva do possível e mínimo existencial, verificando-se até que ponto o ativismo tem se concretizado neste âmbito regional.

Para o atingimento do seu desiderato, serão realizadas no presente trabalho pesquisas doutrinárias, além da análise de dados estatísticos e posicionamentos jurisprudenciais. Outrossim, será utilizado o método exegético jurídico.

1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O poder estatal apresenta-se uno e indivisível; no entanto, não há óbices para que, na busca da consecução dos fins daquele, visando a sua efetividade e alcance, considere-se suas funções repartidas. Destaque-se que se trata de repartição de funções e não de divisão do poder.

Este foi o modelo adotado pelo Estado Moderno, a tripartição dos poderes. Buscando a divisão, na busca de evitar a concentração e o abuso de poder nas mãos de um soberano.

Desta feita, cada Estado adepto da teoria acima citada, passou a adaptar a teoria tripartida de acordo com a realidade nacional, de povo e forma de poder a ser exercido em concreto. Diante disto, ver-se-á como o Estado democrático brasileiro, fundado na teoria da tripartição dos poderes a insere em sua realidade, inclusive inovando ao atribuir aos poderes funções atípicas das previstas teoricamente.

1.1 DAS FUNÇÕES ESTATAIS

O Estado assumiu novos contornos a partir da sintetização das ideias de Montesquieu a respeito da separação dos poderes. Bebendo do pensamento Aristotélico que admitia a existência de três funções a serem exercidas pelo poder soberano, pautadas na concentração de todas essas funções em apenas um único ser humano, Montesquieu aprimora tal pensamento, como também os postulados de Platão e Locke, através da visão do Estado Liberal burguês¹.

Com a edição do livro “O espírito das Leis”, Montesquieu concretiza a essência de seu pensamento, fundado na existência de três funções a serem exercidas pelo Estado, sendo cada uma destas inteiramente independentes entre si.

Segundo Dallari² “A Teoria da *separação dos poderes*, que através da obra de Montesquieu se incorporou ao constitucionalismo, foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos.[...]”. Visando garantir esta liberdade, a

¹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 220.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos Da Teoria Geral Do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003. 24. ed. p. 215.

separação dos poderes foi alçada à categoria de princípio fundamental da organização política liberal, como disposto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Ao voltar-se para uma coletividade que deverá ser regida por um Estado pautado em um sistema legislativo que venha a reger a sua sistemática, estabelece Montesquieu a divisão do Estado em três funções distintas, a assumirem o caráter de órgãos distintos e autônomos, pois, quanto maior a concentração do poder, maior o risco de o indivíduo perder a sua liberdade em face de um regime ditatorial.

Para Lenza³ a grande inovação de Montesquieu não foi a divisão clara das três funções estatais, pois:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas de um soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art.16.

Desta maneira, cada poder deveria exercer as suas funções de forma independente, de acordo com a função típica de cada órgão, rompendo com a unilateralidade de funções predominantes no absolutismo. E é exatamente visando evitar a produção de normas com caráter autoritário e tirânico que, através deste sistema de separação dos poderes, se estabeleceu a autonomia e os limites de cada poder. Surge então o sistema de freios e contrapesos.

O sistema acima referido surge como uma forma de regulação das funções do Estado, visando impedir a repetição de modelos já experimentados, em que, de forma clara, houve abuso do poder, em virtude tanto de sua concentração quanto do seu exercício com excesso de poder, não havendo limites ou controle em face da soberania. Assim, a função de frear e contrabalancear passou a caber a cada um dos três poderes, mediante a realização de atividade fiscalizatória recíproca, tornando-se independentes, porém harmônicos.

³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. 15. ed. p.433.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro assim balizou a teoria dos freios e contrapesos em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴, cujo trecho ora se transcreve:

Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado-Membro. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os “freios e contrapesos admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes (...).

Desta feita, somente o poder é capaz de deter ou controlar o poder, impedido ou corrigindo as emanações de outro poder. De acordo com Montesquieu⁵ “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite.”

No campo doutrinário, alguns consideram o Estado como um fim em si mesmo, outros o compreendem como meio, instrumento utilizado pelo homem para o seu aprimoramento. No entanto, clara deve ser a compressão dos fins a que se destina o Estado e este se propõe precipuamente ao bem público. Desta maneira, não são os fins do Estado que variam com o passar do tempo, mas sim as atividades e os meios utilizados pelo mesmo para atingir os seus fins, através da variação de competência a ser delegada ou avocada.

Segundo Dabin⁶ o bem comum consiste, no:

[...] conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantém e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional; elaboração em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso, que só a força coletiva é capaz de criar (vias de comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação de atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade.

⁴ ADI 1.905-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 19.11.98, DJ de 05.11.2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=11> >. Acesso em: 23/06/2013.

⁵ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural. 1999. Coleção Os Pensadores. p. 32.

⁶ DABIN apud AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 124.

A Constituição brasileira adota a separação dos poderes do Estado, em Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme disposto nos artigos 44 e seguintes; artigos 76 e seguintes; 92 e seguintes e artigo 127. Assim, passar-se-á a uma breve exposição no que tange às funções típicas e atípicas de cada poder-função do Estado brasileiro.

1.1.1 Função executiva/administrativa

Esta função estatal, a executiva, possui precipuamente a finalidade de praticar atos típicos da chefia do Estado, de governo e atos de administração, de modo a suprir as necessidades coletivas ao prestar bens e serviços de natureza pública.

O exercício da função administrativa pautar-se-á na parcialidade, ou seja, na persecução da concretização do interesse público. No entanto, deverão os particulares receber tratamento revestido de imparcialidade, como assevera Maria Teresa de Melo Ribeiro⁷ “Imparcialidade significa que a Administração, porque persegue o interesse público, não apoia, não favorece, não auxilia nenhum interesse particular, assim como não tem de se lhe opor por razões diversas do bem comum(...).”

A função executiva surge com o pensamento de Montesquieu, visando apenas a execução das leis. No entanto, evolui juntamente com o sistema e passa a exercer funções atípicas, que apesar de assim denominadas não ferem a separação dos poderes, pois foi assegurada pelo Poder Constituinte Originário. Desta maneira, o poder executivo, além de sua função típica de executar a lei e implementá-la segundo a necessidade do Estado e do povo, desempenha funções de natureza legislativa – o Presidente da República ao adotar uma medida provisória, com força de lei, conforme disposto no artigo 62 da Constituição Federal - ou de natureza jurisdicional - a medida em que o executivo realiza julgamentos de defesas e recursos administrativos, ou seja exercendo atividades de caráter interno da própria função.

⁷ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**, Coimbra: Almedina, 1996. p.262-263.

Jorge Miranda⁸ compreende que os atos jurídico-públicos do executivo se dividem em atos de conteúdo normativo ou não normativo. Os primeiros se resumem a atos externos (regulamentos) e atos internos (instruções, estatutos, regimentos de órgãos administrativos, regulamentos internos de serviços). No que concerne aos atos não normativos, estes poderão ser unilaterais, quando impostos por autoridade, atos administrativos ou da administração, ou bilaterais, quando convencionados através de contratos administrativos ou contratos públicos.

Insta salientar que o Poder Executivo, no exercício de suas funções, deve observar e resguardar os direitos fundamentais positivados inerentes ao cidadão. Ademais, terá a Administração pública a obrigação de interpretar e aplicar as leis segundo os direitos fundamentais, pois, mesmo havendo discricionariedade na atividade, o executivo limitar-se-á pela efetivação dos direitos fundamentais.

No Brasil, pautado em um sistema presidencialista, o Poder Executivo se manifesta em três esferas, federal estadual e municipal. Exercido respectivamente pelo presidente, governador e prefeito, visando governar o povo e a administração do interesse público de acordo com a ordem legislativa posta.

1.1.2 Função legislativa

Tipicamente, a função legislativa, como se depreende da própria terminologia, legisla, ou seja, edita e emite leis, como também realiza a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Poder Executivo, a ser realizada pelos Tribunais de Contas das respectivas esferas.

O Legislativo é formado por mesas e comissões formadas por vereadores, deputados e senadores, escolhidos pelo povo, a depender do ente federativo que esteja em análise.

A respeito das funções do Poder Legislativo, discorre Ana Paula de Araújo⁹:

Entre as principais atribuições do congresso, estão a responsabilidade de **elaborar leis** e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União. Essas responsabilidades são impostas pelos artigos 48 e 49 da Constituição Federal. Há ainda, nos artigos 51 e

⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 361.

⁹ ARAÚJO, Ana Paula de. **PODER LEGISLATIVO**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/poder-legislativo/>>. Acesso em: 23/06/2013.

52, as atribuições exclusivas da **Câmara dos Deputados** e do Senado Federal, respectivamente. Cabe ainda ao Congresso Nacional a organização de todo o território nacional em Estados, a criação de órgãos públicos, cargos e empregos públicos federais. Compete ao mesmo, legislar a respeito de todos os ramos do direito, **desapropriação**, águas, energia, informática, serviço postal, comércio exterior e interestadual, jazidas minerais, emigração e imigração, nacionalidade, cidadania, naturalização, **educação**, registros públicos, contratos na administração pública, defesa nacional e propaganda comercial. O Congresso deve, ainda, decidir sobre tratados e acordos internacionais que envolvam o patrimônio nacional, autorizar o Presidente da República a tomar medidas como: declarar guerra, celebrar a paz ou permitir forças estrangeiras no território do país. Caso o Presidente ou o vice-presidente necessitem afastar-se do País por mais de quinze dias, precisará também da autorização do Congresso Nacional.

O Legislativo é responsável pela edição de leis de caráter tanto constitucional como infraconstitucional, que poderão possuir eficácia interna ou externa. Além dos atos em que há a participação ativa do povo, como eleições e referendos.

Este Poder também exercerá funções atípicas quando competir ao Senado Federal julgar o Presidente em casos de crime de responsabilidade, ou ao dispor a respeito de sua organização interna na gerência de seus servidores, agindo administrativamente.

Importante salientar que a inércia do legislador ao criar leis que visem à concretização de direitos fundamentais ensejam, de acordo com a ordem constitucional vigente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou mesmo o mandado de injunção.

1.1.3 Função jurisdicional

O Poder Judiciário possui a função precípua de julgar, indicando o direito no caso concreto e apaziguando conflitos que sejam levados ao seu conhecimento. Desta maneira, à função jurisdicional cabe a declaração do direito, apresentando um posicionamento imparcial.

Tal poder visa garantir os direitos individuais, coletivos e sociais dos cidadãos, pacificando os seus conflitos, seja entre cidadãos, entidades e Estados. Para tanto, possui autonomia financeira e administrativa contemplada pela Carta Magna.

O Judiciário é composto por juízes, desembargadores e ministros, estes últimos ocupam a instância máxima do direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

São órgãos integrantes do Poder Judiciário, além do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, Militar e Eleitoral, e os Tribunais e juízes dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Apresentando as seguintes funções conforme disposto na página eletrônica do Governo Federal¹⁰

Superior Tribunal de Justiça: criado para ser um órgão de execução da justiça em todo o País, e é composto por pelo menos 33 ministros. Funciona junto ao Conselho da Justiça Federal o qual é destinado a supervisionar a justiça federal. Esse conselho é composto pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça, pelo Vice-presidente e mais três ministros, e pelos presidentes dos Tribunais Regionais Federais.

Tribunal Superior Eleitoral: tem a função de acompanhar a legislação eleitoral juntamente com os Tribunais Regionais Eleitorais. Sua sede fica na capital federal e é encarregado de expedir instruções para a execução da lei que rege o processo eleitoral. Dessa maneira assegura a organização das eleições e o exercício dos **direitos políticos** da população. É composto por no mínimo sete membros: cinco deles são escolhidos por meio de votação entre os ministros e os outros dois são nomeados pelo Presidente da República.

Tribunal Superior do Trabalho: sua principal função é uniformizar as leis trabalhistas, mas também é da sua responsabilidade resolver conflitos entre trabalhadores e empregadores, no plano individual ou coletivo, resultante da relação de emprego. É composto por 27 ministros nomeados pelo Presidente da República.

Superior Tribunal Militar: é a mais antiga corte superior do País. A ele cabem funções judiciais e administrativas, mas é especializada em processar e julgar crimes que envolvam militares da Marinha, Exército e Aeronáutica. É composto por 15 ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República com indicação aprovada pelo Senado Federal. Três ministros são da Marinha, quatro do Exército e três da Aeronáutica, os outros cinco são civis.

Tribunais Regionais Federais: existem cinco Tribunais Regionais Federais, com sedes em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife. Cada um é responsável por uma região político-administrativa do país. São responsáveis por matérias de natureza previdenciária e tributária. São compostos por sete juízes preferencialmente pertencentes à respectiva região, os quais são nomeados pelo presidente da república. É competência destes tribunais processar e julgar os juízes federais da sua área e dos membros do Ministério Público da União.

¹⁰ **O Poder Judiciário.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/poder-judiciario>>. Acesso em: 23/06/2013. p. 2.

Assim, será competência da Justiça Estadual apenas matérias residuais, ou seja, não sendo de competência de nenhuma das justiças especializadas, caberá a apreciação à justiça estadual.

1.2 DOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

O homem, ao longo de sua história, buscou de diversos meios solucionar os conflitos que lhe vinham à tona. Assim funcionava a justiça privada, de modo que o homem, ao ver os seus interesses violados, de acordo com a sua concepção, buscava concretizá-lo através do uso da própria força e com as próprias mãos. Tratava-se da autotutela.

Com o fortalecimento do Estado, a justiça privada perde força, em virtude da nova separação dos poderes proposta por Montesquieu, em que ao Estado cabia a função jurisdicional, ou seja, de dizer o direito, aplicando a lei posta pelo então Poder Legislativo.

A justiça pelas próprias mãos passa então a dar lugar ao exercício do poder de dirimir os conflitos e pacificá-los pelo Estado. Desta forma, há uma substituição aos titulares dos interesses em conflito, agindo o Estado-Juiz de maneira superior e imparcial na resolução da contenda, aplicando punições, se necessário. Assim, as partes buscam o Judiciário com o intuito da efetivação da tutela jurisdicional pretendida, submentendo-se ao *decisum* prolatado pela autoridade jurisdicional. Conforme enuncia Cintra, Grinover e Dinamarco¹¹:

[...] o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

Nesse sentido, a jurisdição é o poder que toca ao Estado de, perante o caso concreto em que haja lide ou pretensão resistida, e mediante provocação da parte, se manifestar sobre a mesma, de acordo com o disposto em lei. Figura desta maneira como a manifestação de um poder ao prolatar decisões, com fins de promover a pacificação do conflito mediante a utilização do processo.

O Estado, no exercício da jurisdição, visa precipuamente a pacificação, tornando-se o escopo magno não só da jurisdição, como também do sistema processual. Apresenta-se assim, como um escopo social, utilizando-se do processo como meio de efetivação da justiça.

Para Chiovenda¹² “Jurisdição é [...] função do estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”. Para o autor, a lei abstrata e genérica regula todas as situações futuras que venham a se concretizar, sendo dever do Estado a limitação do direito objetivo no exercício de sua jurisdição.

Já para Carnelutti, a jurisdição seria a justa composição da lide. Segundo Alexandre Freitas Câmara¹³:

Como é por demais conhecido Carnelutti construiu todo o seu sistema jurídico em torno do conceito de lide, instituto de origem metajurídica que o mesmo definia como conflito de interesses degenerado pela pretensão de uma das partes e pela resistência da outra. Segundo aquele jurista italiano, pretensão é a ‘ intenção de submissão do interesse alheio ao interesse próprio’, e - sempre segundo Carnelutti - , se num conflito de interesses um dos interessados manifestar uma pretensão e o outro oferece resistência, o conflito se degenera, tornando-se uma lide. Assim é que segundo a clássica concepção de Carnelutti, jurisdição seria uma função de composição de lides.

¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. São Paulo: Bookseller 2008. p. 3.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 71.

Afirma-se que o processo é mero instrumento de atuação do direito material, ou mesmo que teria um fim em si mesmo, ou ainda, serve ao direito objetivo. Mas não se limita nessa instrumentalidade negativa. O processo é sim um instrumento, entretanto, a partir da instrumentalidade positiva do processo, o Estado se vale deste último para alcançar os escopos de sua jurisdição.

Três são os escopos da jurisdição: sociais, jurídicos e políticos. O escopo social se desdobra na pacificação com justiça e na educação da sociedade, pois, sendo o processo um meio pelo qual se soluciona conflitos na sociedade, ou não, visto não haver a necessidade da existência da lide para existir jurisdição, necessário se faz que esta pacificação seja realizada com justiça. E, segundo Alexandre Freitas ¹⁴ “A justiça das decisões está intimamente ligada à sua adequação ao direito objetivo. Juiz justo é aquele que aplica ao caso concreto a vontade do direito objetivo, de acordo com os fins sociais a que a lei se destina e o bem comum”.

No que tange à finalidade educacional, ocorre a sua concretização no momento em que o Estado ensina o que as pessoas não podem fazer, pois estarão violando o ordenamento jurídico, vindo a sofrer consequência caso transgridam. Mas também, demonstra a possibilidade de se ver a pretensão conhecida, caso haja lesão ou ameaça a direitos.

O escopo jurídico da função jurisdicional vislumbra-se na concretização do direito objetivo através do processo, mantendo-se o ordenamento jurídico e exercendo os preceitos objetivos, efetivando-se a vontade legislativa.

Por intermédio do escopo político, o Estado afirma o seu poder com fins de sustentar e impor condutas aos jurisdicionados; o culto às liberdades públicas, assegurando a realização dos direitos fundamentais; participação dos jurisdicionados no futuro da sociedade através de instrumentos como a Ação popular e a Ação civil pública, caracterizando assim o Estado Democrático de Direito.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 85.

Por todo o exposto, o processo se concretiza na realização de direitos e valores, mas, principalmente, efetivando a tutela jurisdicional almejada pelo jurisdicionados ao buscar o Poder Judiciário.

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA FUNÇÃO JURISDICIONAL ESTATAL

Em virtude dos fins a que se destina o Estado, possui este o dever de prestar a proteção jurisdicional elencada nos direitos fundamentais individuais e coletivos. Assim, visto que somente incumbe ao Poder Judiciário apreciar pretensões resistidas, independentemente da existência de lide, cabe a este prestar a tutela jurisdicional perquirida com a provocação do Judiciário.

Para fins de consecução da tutela jurisdicional adequada reveste-se o processo de princípios constitucionais fundamentais que norteiam todo o procedimento de legalidade, atendendo ao devido processo legal, como também, norteando o agir do Poder Judiciário e seus agentes.

1.3.1 Inafastabilidade do controle jurisdicional

Com a evolução da organização humana surge o conceito de Estado como uma forma de organização social, política e econômica. Concomitantemente, o poder punitivo evolui da autotutela, perpassando pela composição até chegar ao poder jurisdicional a ser exercido pelo Estado. Desta feita, ao Estado, caberá o poder de dizer o direito solucionando conflitos sempre que for provocado por quem exige a reparação.

No entanto, como o indivíduo não pode mais solucionar seus conflitos através da autotutela, ou seja, de acordo com as suas forças e pelas suas próprias mãos, devendo provocar o Judiciário para solucionar o conflito, deverá assim, se utilizar do seu direito de ação. Este direito não lhe garante o deferimento do seu pedido, mas sim a possibilidade de provocar o Judiciário e ter a sua demanda apreciada com deferimento ou não de seu pedido. Assim, garante-se que, independente da demanda posta, o indivíduo terá o direito de levá-la à apreciação do Judiciário, não

devendo o mesmo se eximir de julgar. Nas palavras de Marcus Vinícius Rios Gonçalves¹⁵:

Em sentido mais abrangente, ação é o direito subjetivo de acesso à justiça, o direito de obter do Poder Judiciário uma resposta, qualquer que ela seja, a todas as pretensões que lhe foram dirigidas. É o direito de por em movimento a máquina judiciária, de provocar uma resposta, enfim, o direito de acesso ao juízo.

Assim, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual, também denominado de direito de ação ou princípio do livre acesso ao Judiciário, encontra-se positivado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal¹⁶ que aduz: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Dessa forma, assume este princípio um caráter dúplice, pois o texto outorga ao Poder Judiciário a exclusividade na resolução dos conflitos e, por outro lado, permite ao indivíduo buscar o Judiciário para fins de solucionar lesão ou ameaça a direito, não sendo possível ao Estado-Juiz eximir-se de proporcionar a tutela jurisdicional ao seu legítimo titular. Nesse sentido, salienta Tourinho Filho¹⁷, "se a lei não pode impedir que o Judiciário aprecie qualquer lesão ou ameaça a direito, muito menos poderá o Juiz abster-se de apreciá-la, quando invocado".

A processualística civil brasileira também contempla o aludido princípio. Conforme o artigo 126 do Código de Processo Civil¹⁸ "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Nesse sentido, o juiz não poderá se eximir de apreciar, ou melhor, de proferir a tutela jurisdicional mesmo que haja lacuna ou obscuridade da lei.

A tutela jurisdicional a ser prestada nesta condição de inafastabilidade do Judiciário poderá ser de cunho repressivo, caso o direito tutelado já tiver sido

¹⁵ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2012. p. 131

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27/06/2013.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003. p. 67.

¹⁸ BRASIL. **Código de Processo de Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 28/06/2013.

lesionado, ou de caráter preventivo, se a tutela buscar cessar a ameaça a direito. Entretanto, rompe-se com a ideia de que para buscar o exercício da jurisdição do Estado através do Judiciário devesse haver, primeiramente, um esgotamento da seara administrativa, pois ninguém é ou será obrigado a somente provocar o Estado-Juiz após o esgotamento de processo pela via administrativa.

Segundo Fredie Didier Jr.¹⁹, o princípio da inafastabilidade dirige-se não só, mas também, ao Legislativo, que não poderá suprimir ou restringir direitos da apreciação jurisdicional. Assim, nenhum ato ou autoridade que estava hierarquicamente inferior poderá excluir a apreciação do Judiciário. Afirma, ainda, que além das pessoas naturais, as pessoas jurídicas e entidades despersonalizadas também são alcançadas pela inafastabilidade da jurisdição, podendo vir a tutelar o seu direito de ação frente o Poder Judiciário.

Assim, a inafastabilidade do Judiciário, ao se concretizar no direito de ação garante um exercício da jurisdição de forma tempestiva gerando efetividade ao próprio processo.

1.3.2 Efetividade

Efetivo é algo que atinge a qualidade dos seus objetivos. É a capacidade de promover os resultados pretendidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a inafastabilidade da jurisdição proporciona às partes em juízo o recebimento de uma resposta. No entanto, com o evoluir do pensamento doutrinário, verificou-se que não basta haver a concessão da tutela mediante a declaração de direitos. Faz-se necessária a sua efetividade, proporcionando resultados concretos com pacificação. Desta maneira, compreende Humberto Theodoro Júnior²⁰ que:

¹⁹ JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito processual Civil**. 15. ed. Bahia: Jus Podivm. Vol.1. 2013. P. 127

²⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 1. 2012. P. 51.

Cabe, pois, à Justiça não apenas dar uma resposta qualquer ao demandante, nem mesmo simplesmente enquadrar formalmente o fato deduzido em juízo no enunciado legal que lhe corresponda, dentro do ordenamento jurídico positivo. O direito de ação é abstrato, no sentido de que pode ser exercido sem prévia demonstração da existência efetiva do direito material que se pretende fazer atuar. Mas a tutela jurisdicional, que só é disponibilizada a quem realmente se encontra na titularidade de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, tem de ser *efetiva e justa*, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional.

Assim, o intérprete deverá atribuir à norma sua maior eficácia na produção dos resultados, garantindo a mais ampla contemplação social, e adequação ao caso concreto e todos os valores constitucionais.

Segundo Gomes Canotilho²¹, a máxima efetividade:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

Conforme o disposto no §1º do artigo 5º da Constituição Federal²², a máxima efetividade aos direitos fundamentais e sociais deve ser garantida, sejam tais direitos individuais ou coletivos, tendo em vista a superioridade dos mesmos. No mesmo artigo, em seu inciso LXXXVIII, preceitua que: "à todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os que garantem a celeridade de sua tramitação." Desta maneira, a efetividade se concretizará como obediência à outro princípio, o da duração razoável do Processo.

A busca pela celeridade processual, para fins de concretizar a efetividade do processo, e principalmente da tutela jurisdicional, tem gerado um reflexo nas criações legislativas. Isto porque, nos últimos anos, observa-se a criação de leis e mecanismos processuais que buscam a rápida resolução da demanda da melhor

²¹CANOTILHO, José Joaquim apud JUNIOR, Jair Soares. **O Princípio Da Efetividade Dos Direitos Fundamentais e a Legitimidade da Defensoria Pública para Propor Ações Coletivas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19072/o-principio-da-maxima-efetividade-dos-direitosfundamentais-e-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-propor-aco-es-Coletivas#ixzz2XnYwzUpm>>. Acesso em: 28/06/2013.

²² BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28/07/2013.

forma possível, de maneira mais econômica e eficiente, como, por exemplo, a criação dos Juizados Especiais e o instituto a antecipação da tutela.

No entender de Luiz Guilherme Marinoni²³: “O direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito.” Desse modo, ao se produzir um provimento jurisdicional que garante a parte um direito subjetivo, este deverá inevitavelmente ser efetivado, utilizando-se o Judiciário dos meios necessários e capazes de torná-la existente no mundo dos fatos. Pois, quando se busca o Poder Judiciário, nada mais se espera que a efetivação do direito alegado.

Consequentemente, esta efetividade conduz à realização da norma no mundo dos fatos, dotando-a de aplicabilidade e revestindo-se de obediência por parte do corpo social, pois está relacionada aos efeitos concretos que a norma é capaz de produzir, sem, contudo, distorcer-lhe o sentido, pois apenas com a máxima efetividade da norma poderá a Constituição adquirir força normativa.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme apud JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil**. 15. ed. Bahia: Jus Podivm. Vol.1. 2005. p. 83.

2 A ATUAÇÃO DA JURISDIÇÃO ESTATAL NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A luta pelo reconhecimento de direitos atravessou gerações e as mais diferentes épocas de construções sociais. Direitos são bens e vantagens tutelados pela ordem constitucional de um país e o ordenamento jurídico brasileiro consagra a dignidade da pessoa humana como direito máximo a ser tutelado.

Para se ter dignidade, direitos básicos como o acesso à saúde deverão ser viabilizados. Diante disto, analisar-se-á a consecução do direito à saúde, dentro do contexto dos direitos fundamentais sociais.

2.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Mutante o ser humano em suas concepções e comportamentos, além dos sistemas sociais por este escolhidos, nada mais natural que as leis que os regem também o sejam. Inicialmente pautado no direito jusnaturalista, os direitos fundamentais se revestiriam do caráter de essencialidade, ou seja, o ser pela sua condição de humano seria amparado por direitos mínimos e naturais decorrentes de sua condição humana, apenas pelo fato de ser homem²⁴.

Entretanto, tal entendimento não prevaleceu, visto que os direitos fundamentais foram positivados pelas ordens políticas, deixando de ser apenas jusnaturais, e se concretizaram ao longo dos mais diversos momentos históricos de um corpo social, além de todas as relações estabelecidas entre esses atores sociais.

Premente é a necessidade de diferenciação das terminologias direitos fundamentais e direitos humanos. O termo direitos fundamentais surge na França em 1770, dando origem, mais tarde, à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789. A diferenciação quanto aos termos está mais relacionada à abrangência e o contexto em que se inserem do que aos fins a que se destinam²⁵.

²⁴ MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais. In: **Direitos Humanos e Sociais**. Bahia: Jus Podivm, 2008, p. 38.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 560.

Ambas as acepções se relacionam à igualdade e à liberdade do indivíduo, criados com o intuito de proteger a dignidade do ser. No entanto, os direitos humanos possuem uma conotação referente ao plano internacional de direitos, estando consagrados em tratados e convenções internacionais. Desta maneira, são direitos fundamentais no âmbito internacional. Já a acepção direitos fundamentais, concerne ao conjunto de direitos de plano interno, positivados na Constituição de cada país, variáveis de acordo com seus princípios e fins norteadores.

Assim, para José Afonso da Silva²⁶ “direitos fundamentais do homem” constitui a expressão mais adequada para definir o tema, pois trata-se de situações jurídicas sem as quais o homem não se realizaria sem a existência”.

Vasta é a nomenclatura adotada pelos doutrinadores, não se chegando a um consenso em certos casos. Sobre este fato se posiciona João Trindade Cavalcante Filho²⁷ :

Liberdades públicas é demasiadamente restrito, pois se refere apenas aos chamados direitos de primeira geração. “Direitos do Homem” e “direitos da pessoa humana” são, ao mesmo tempo, excessivamente genéricos e indefinidos. Afinal, só existem direitos da pessoa. Por outro lado, “direitos humanos” parecer ser mais adequado na esfera internacional. Realmente, direitos fundamentais e direitos humanos, estes (humanos) são direitos atribuídos à humanidade em geral, por meio de tratados internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, 1948, por exemplo). Já os direitos fundamentais são aqueles positivados em um determinado ordenamento jurídico (Constituição Brasileira, Lei Fundamental Alemã etc.). Essa tese é corroborada pela CF: quando trata de assuntos internos, a Constituição costuma se referir a “Direitos e garantias fundamentais”, ao passo que, quando trata de tratados internacionais, se refere a direitos humanos. Em verdade, o conteúdo de ambos é bastante semelhante. São conjuntos diferentes que possuem grande área de intersecção. A diferença é mais de fonte normativa que de conteúdo. Realmente, é a teoria prevalente na doutrina brasileira, como noticia Dirley da Cunha Jr, embora haja posições contrárias. Com base nisso, poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 178

²⁷ FILHO, João Trindade Cavalcante. Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade___Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 25/06/2013.

Segundo Carl Schmitt²⁸ os direitos fundamentais possuem dois critérios formais de caracterização. Primeiramente assumem a conotação de direitos fundamentais todos os direitos ou garantias contemplados pela ordem constitucional vigente, através de sua positivação no sistema constitucional, através do diploma constitucional. Em segundo lugar, estes direitos recebem uma atenção garantista, especial, do diploma constitucional vigente, pois ou apresentam um caráter de imutabilidade ou esses direitos necessitam de um sistema mais dificultoso que o normal para a realização de qualquer alteração em seus comandos.

Conclui Schmitt que cada Estado possui seus direitos fundamentais específicos e coerentes com a ordem jurídica posta, variando assim conforme a ideologia, modalidade de Estado, valores e princípios consagrados pela ordem constitucional.

A Carta Magna de 1988 consagra em seu corpo a existência e garantia dos direitos fundamentais, consignados no título II, a partir do artigo 5º, considerando assim a liberdade do ser e principalmente a sua dignidade frente ao Estado Democrático de Direito. Já os direitos fundamentais decorrentes de tratados e convenções internacionais encontram guarida nos seguintes artigos: art. 4º, II; art. 5º, § 3º e art. 109, V-A e § 5º.

A Constituição Federal estabelece que os dispositivos definidores de direitos e garantias fundamentais terão a sua aplicação imediata, nos termos do §1º, do art. 5º. Isto porque direitos fundamentais decorrem precipuamente da dignidade da pessoa humana. Sendo este enunciado base fundamental da República federativa do Brasil, conforme disposto no art. 1º, III da CF/88, premente a necessidade de sua efetividade e aplicabilidade, sem a necessidade de esperar a atitude legiferante, conforme relata Marilene Carneiro Matos²⁹:

²⁸ SCHIMITT, Carl. apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 579.

²⁹ MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e Garantias Fundamentais e Aplicabilidade Imediata**. E-Legis, n. 8. 1º semestre de 2012. p. 4
Disponível: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos_garantias_matos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26/06/2013.

Nesse sentido, pensou-se em conferir aplicabilidade imediata às normas garantidoras de direitos fundamentais como um mecanismo passível de evitar que tais direitos pudessem tornar-se “letra morta”, em caso de omissão legislativa. Diante da necessidade de ultrapassar-se um Estado de Direito meramente formal, concretizando-se realmente as garantias de direitos fundamentais, achou por bem o legislador constituinte originário deferir-lhe a característica da aplicabilidade imediata.

Tal preocupação adveio, em parte, da experiência histórica, que mostrou a gravidade de que podem se revestir situações em que os direitos fundamentais dependem da regulamentação legislativa ordinária. Exemplo dos efeitos maléficos de tal situação pode ser visualizado na experiência Alemã, com a Constituição vigente à época em que prevaleceu o nazismo, que ignorou todas as garantias previstas pela Constituição de Weimar. Tal fato possibilitou a implantação do regime totalitário de 1933. Tamanha distorção foi corrigida, *a posteriori*, pela Constituição de 1949, a qual apregou que os direitos fundamentais eram de aplicabilidade imediata.

Possuindo os direitos fundamentais máxima efetividade em face da sua concretude, a existência destes no plano prático da vida social não necessitará da espera pela produção de uma legislação ordinária que a regule. Cabendo assim ao Judiciário apreciar todas as questões que envolvam direitos fundamentais, independente de lei ordinária que possa vir ou não a existir.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: GERAÇÕES/DIMENSÕES

O surgimento dos direitos fundamentais está intimamente ligado à historicidade do Estado de Direito e sua afirmação, vinculando a evolução e surgimento de novos direitos de acordo com a necessidade social e o ordenamento jurídico da época em tela.

A doutrina passou a classificar os direitos fundamentais em gerações. No entanto, alguns doutrinadores preferem a terminologia dimensões, pois na acepção deste último termo não há uma sobreposição de direitos. Desta forma, os direitos fundamentais se perpetuam e se complementam ao longo do tempo, não havendo perda da eficácia das gerações ou dimensões anteriores.

Os direitos fundamentais surgiram em momentos históricos distintos e assim foram se consagrando no evoluir histórico e no ordenamento jurídico através de

diversos Textos Constitucionais. Segundo Marcelo Novelino ³⁰ : “O lema revolucionário do século XVIII (*liberdade, igualdade e fraternidade*) profetizou o conteúdo e a sequência histórica de surgimento dos direitos fundamentais”. E baseado nestes ideais revolucionários pautaram-se as dimensões dos direitos fundamentais, mesmo que de forma despretensiosa.

A primeira geração ou dimensões dos direitos fundamentais bebe na fonte das revoluções liberais, revolução francesa e norte-americana, buscando valores de liberdade, como também direitos civis e políticos. Traduzia a ânsia da classe social burguesa que buscava o respeito às liberdades do indivíduo e a limitação do Poder Público³¹.

Apresentam um caráter eminentemente negativo, pois busca principalmente a abstenção do Estado em seu agir, frente aos direitos libertários em questão. Segundo Pedro Lenza ³² os direitos de primeira geração marcam a ruptura, a passagem de Estado autoritário para um Estado de Direito, possuindo o seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas. Isto porque, estes são os primeiros direitos a serem positivados, ou seja, inseridos em uma ordem jurídica.

Para Gilmar Mendes³³ os direitos fundamentais de primeira geração:

Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de culto e de reunião. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito Liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhes fossem colidentes.

³⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 227.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 232.

³² LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. 15. ed. p. 860

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 233.

Buscando frear o poder do Estado Absolutista, este só poderá agir conforme o disposto na lei. Dessa maneira o direito-chave é a liberdade, a ser exercida pelo ser individualmente, frente à omissão do Estado, que terá como vinculação as normas positivadas no ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais de segunda geração contemplam o segundo ideal da revolução francesa, a igualdade. Com ascensão no século XX, ganha contornos em meio à revolução industrial e às lutas travadas pelo proletariado em busca de direitos sociais, em face das péssimas condições de trabalho em que viviam³⁴.

Os direitos sociais são entendidos não necessariamente como uma busca por direitos de um grupo, uma coletividade, mas sim a busca por uma igualdade a se exteriorizar através da justiça social. Diferentemente do momento vivido na primeira geração de direitos, não se busca uma abstenção do Estado ou o seu afastamento, a busca neste momento é pela interferência do Estado na vida econômica e a atividade estatal voltada para a concretização da justiça social. Dessa forma, é a eclosão não somente de direitos de igualdade, revestidos com fins sociais, mas também direitos culturais e econômicos, extensivos à saúde, educação, trabalho, lazer, assistência social. Nesse sentido, Gilmar Mendes³⁵ aduz:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais - como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração, são chamados direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Necessário se faz salientar que os direitos de segunda geração requerem, para sua consecução, a atividade prestacional do Estado, que dependerá da

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 234.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martíres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 233.

disponibilidade de recursos orçamentários para a sua consecução, fazendo com que esses direitos dependam da reserva do possível estatal, assumam um grau de eficácia menor do que os direitos de primeira geração.

Neste mesmo contexto, há o despertar social a respeito das garantias constitucionais, que apesar de não possuírem o *status* de direitos fundamentais, proporcionam a defesa contra qualquer tipo de lesão, principalmente por parte do legislador.

Já os direitos fundamentais de terceira geração, possuem os seus fins ligados ao ideal de fraternidade, de solidariedade. Se nos direitos de segunda geração a busca gira em torno da justiça social entre indivíduos de um mesmo corpo coletivo, os direitos de terceira geração são mais abrangentes. Visam atenuar as situações de disparidade entre nações, e não mais restrita a um corpo social, através da colaboração entre países ricos com os países pobres.

Segundo Paulo Bonavides³⁶ reflexões referentes ao desenvolvimento, à Paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade vem à tona. “A teoria, com Vasak e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, de terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, ao meio ambiente, o direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação”. Entretanto, este não é um rol taxativo, pois a formulação de direitos é um processo sem fim, visto que uma dimensão não se sobrepõe à outra, convivendo simultaneamente.

Assim, são direitos que ultrapassam os interesses individuais, voltando-se ao para o ser humano, à sua proteção. Conforme Gilmar Mendes³⁷ “Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos”.

A doutrina não é unânime quanto ao número de dimensões que possui os direitos fundamentais, de modo que alguns doutrinadores suscitam uma quarta e

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2010, p. 588.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 234.

quinta geração de direitos. Norberto Bobbio³⁸, afirma a existência da quarta dimensão dos direitos fundamentais, contemplando os avanços na engenharia genética, pois com a manipulação de genes a existência humana assume posição de risco.

No entendimento de Paulo Bonavides e Marcelo Novelino os direitos de quarta geração não se relacionam com a engenharia genética, mas sim correspondem o direito à democracia, informação e pluralismo, vislumbrando o futuro do corpo social de maneira globalizada. Assim dispõe Paulo Bonavides³⁹:

Força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo “ dimensão” substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo “geração”, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os de segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro passo largo.

Os direitos da quarta geração correspondem ao futuro da cidadania e a liberdade de todos os povos pautados nos fins democráticos.

Karel Vasak⁴⁰ compreende o direito à paz como um direito fundamental de quinta dimensão, divergindo assim de Bonavides, que o classifica como direito de terceira geração por ser axioma da democracia participativa.

2.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS – PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS E A DESCONSTRUÇÃO DO SEU CARÁTER PROGRAMÁTICO

Os direitos fundamentais sociais são implementados no ordenamento jurídico a partir do século XX com o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, ligados intimamente à busca pela igualdade social.

³⁸ BOBBIO, Norberto apud NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 370.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2010, p. 590.

⁴⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 374.

No ordenamento jurídico brasileiro estes direitos são postos através da redação das Emendas Constitucionais números 26, do ano de 2000, e 64 do ano de 2010, alterando a redação do artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁴¹. Senão veja-se:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

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

De acordo com a Emenda Constitucional nº 26 de 2010 figuram como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. No entanto, este rol de direitos só veio a se complementar com a edição de uma nova Emenda Constitucional em 2010⁴², que insere junto a este rol de direitos a alimentação, conforme disposto a baixo:

Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

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'. (NR)

⁴¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em 26/06/2013.

⁴² BRASIL. **Emenda Constitucional nº 64 de 04 de fevereiro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm>. Acesso em: 26/06/2013.

A Constituição Federal de 1988, além do art. 6º, traz um capítulo próprio destinado aos direitos sociais, através do capítulo II do Título II, como também, mais adiante, no título VIII, trata a respeito da ordem social.

Conceitualmente, José Afonso da Silva⁴³ define os direitos sociais como prestações positivas a serem prestadas pelo Estado de forma direta ou indireta, conforme normas constitucionais, que propiciem melhores condições de vida aos mais fracos, ocasionando a igualdade entre os desiguais.

Algumas classificações são adotadas como uma forma didática de compreensão dos direitos sociais, visto que possuem amplo caráter. Dessa maneira, as classificações apontadas não se revestem de rigidez. Pode-se agrupá-los em seis classes, conforme José Afonso da Silva, são elas: 1) direitos sociais relativos à segurança; 2) direitos sociais relativos ao trabalhador; 3) direitos sociais relativos à educação e à cultura; 4) direitos sociais relativos à moradia; 5) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; 6) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Classificam-se, ainda, os direitos sociais do homem como produtor e como consumidor. No primeiro caso alberga-se a liberdade de instituição sindical, o direito de greve, o direito do trabalhador determinar as condições de seu trabalho, direito de cooperar na gestão da empresa e o direito de obter um emprego. Direitos previstos no artigo 7º ao 11 da Constituição Federal. Quanto ao consumidor, os direitos classificados são os presentes no art. 6º da Constituição Federal de 1988 no título da ordem social, direito à saúde, seguridade social, desenvolvimento intelectual, instrução e formação profissional, cultura e garantia do desenvolvimento familiar.

Os direitos sociais estão inseridos junto aos direitos fundamentais de segunda geração. Entretanto, apesar de possuírem aplicabilidade imediata, para sua existência fática se faz necessária a efetivação dos direitos econômicos. Isto porque, exigindo uma prestação positiva por parte do Estado, tornam-se necessárias políticas econômicas que orientem a intervenção e participação desse Estado,

⁴³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286

visando a diminuir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.

José Alfredo de Oliveira⁴⁴ dispõe que:

Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois, sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.

Os direitos fundamentais de segunda geração são essencialmente prestacionais, ou seja, dotados de caráter positivo, exigindo do Estado uma interferência intervencionista e concretizadora da justiça social, divergindo a doutrina a respeito de sua eficácia. Isto porque, segundo parte da doutrina, os direitos sociais assumem o caráter de normas programáticas. E, segundo este entendimento, a programaticidade destes direitos decorre da ausência de garantias que os tornem eficazes, como a atividade do legislador infraconstitucional. Dessa maneira, apenas os direitos individuais de liberdade é que possuiriam eficácia imediata.

Outra corrente doutrinária compreende que com o advento do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, os direitos sociais, assim como os direitos de liberdade de primeira geração, passam a se revestir de efetividade máxima em sua concretização. Desta feita, não mais se faz necessária a espera por uma edição legislativa de caráter infraconstitucional. A sua efetividade poderá se concretizar através da hermenêutica judicial, conferindo maior efetividade possível aos direitos de justiça social, cumprindo a função a que se destinam, sem que tal implique em elevação dos direitos de primeira geração a patamar mais importante que os outros direitos fundamentais, visto que todos os direitos fundamentais se revestem do princípio da máxima efetividade.

Assim, a doutrina atual compreende que os direitos sociais já ultrapassaram o caráter programático suscitado no surgimento da Constituição Federal, não mais se

⁴⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira apud S ILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286

limitando a direcionar o agir legislativo ou funcionando como mero princípio, mas principalmente como um direito que vem a concretizar o Diploma Constitucional. Desse modo, no dizer de Andreas Joachim Krell⁴⁵ “[...] 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.”

2.4 O DIREITO À SAÚDE E A SUA VIABILIZAÇÃO MEDIANTE A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a consolidação do Estado Social no século XX, ao Estado foram atribuídos certos deveres, elencados pelo corpo social como necessários ao desenvolvimento de todos, relacionados a serviços prestacionais que garantissem o mínimo existencial de uma sociedade, como saúde, lazer, educação, habitação, assistência social.

A Constituição Federal de 1988 seguiu a mesma linha, o que pode se constatar através do reconhecimento, por parte da mesma, do caráter igualitário e universal do direito à saúde.

Visando a promoção de todos os direitos acima citados, como também direitos civis e políticos, faz-se necessária toda uma organização estatal, estrutural e, principalmente, econômica. No âmbito econômico, reside o maior entrave do Estado que, na busca da efetivação dos direitos constitucionalizados, tenta driblar a escassez dos recursos financeiros.

O Estado decide de que maneira e como os recursos financeiros serão aplicados, buscando atender ao maior número possível de pessoas, tomando assim, uma decisão política. A esta decisão dar-se o nome de política pública. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci⁴⁶ “são políticas públicas o conjunto de atos estatais

⁴⁵ KRELL, Andreas Joachim apud NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método, 2008. p. 373.

⁴⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari apud SABINO, Marco Antônio da Costa. **Quando o Judiciário Ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O Caso da Saúde**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 357.

necessários à implementação dos direitos sociais”. Já para Sandoval da Silva⁴⁷: “as políticas públicas são formuladas e concretizadas a partir da ponderação de princípios ou de valores, com vistas a determinar a prevalência de certos interesses”.

Diferenciando as normas legislativas das políticas públicas, Ronald Dworkin⁴⁸, aduz:

A categoria das normas, como produção legislativa, é tradicionalmente definida como associação à generalidade e à abstração. Por outro lado, as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados. As políticas diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forçadas para a realização de objetivos determinados. Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (policies) são proposições que descrevem objetivos.

As políticas públicas são criadas com o fim de atender aos objetivos elencados na Constituição, e que diante da escassez de recursos financeiros serão distribuídas de acordo com a necessidade a ser concretizada. Dispõe Denise Vargas⁴⁹:

É certo que a competência para a implementação de políticas de concretização dos direitos sociais é do Executivo, que é vinculado ao respeito à legalidade orçamentária, pois só pode gastar, a título de dispêndio público, o que estiver contido em lei orçamentária. Nesse sentido, seria afronta à separação dos poderes o Judiciário determinar a concretização desses direitos a qualquer custo.

No Brasil, a incumbência de fixar ações ou políticas públicas no âmbito da saúde é de responsabilidade do Estado, que agirá de forma hierarquizada e através de um sistema único. Assim, foi criado o SUS – Sistema Único de Saúde - através da Lei nº 8.080 de 1990, sendo o vetor de atuação de todas as áreas da saúde.

Compondo este sistema de ação integrada, fazem parte do SUS, além das ações propostas pelo Ministério da saúde e Secretarias estaduais e municipais de

⁴⁷ SILVA, Sandoval apud SOARES, Luciana Gaspar Melquíades. **A possibilidade e Limites do Controle Judicial Mediante as Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 71

⁴⁸ DWORKIN, Ronald apud BUCCI, Maria Paula Dallari et al. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. São Paulo: Polis, 2011, p. 11.

⁴⁹ VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011. p. 375.

saúde, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANS (Agência Nacional Suplementar), o CNS (Conselho Nacional de Saúde) que, vale salientar, é o órgão atrelado ao Ministério da Saúde destinado a controlar e executar políticas públicas na área da saúde, a CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos), o CONASS (Conselho Nacional dos Secretários de Saúde) e CONASEMS (Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde)⁵⁰.

A Constituição Federal de 1988 consagra o direito à saúde não só aos nacionais, como também aos estrangeiros, agindo assim em prol de toda uma universalidade. Como exemplo de política pública adotada pelo Brasil, pode-se citar a Política Nacional de Planejamento, que disponibiliza à população, gratuitamente, medicamentos eleitos pelo Estado que possam oferecer segurança e eficácia a baixo custo. Isso porque, segundo José Afonso da Silva⁵¹:

[...] o direito à saúde comporta duas vertentes,[...] ‘uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento delas’.

Assim, ao fornecer medicamentos, insumos e tratamentos médicos através de políticas públicas o Estado assume um caráter positivo, vindo a prevenir e tratando profilaticamente patologias.

Segundo Ada Pellegrini Grinover⁵², por orientação da Organização Mundial de Saúde, existem duas listas de medicamentos, a serem disponibilizados a título universal e gratuito à população. A primeira lista está relacionada a medicamentos com dispensa obrigatória, ou seja, de distribuição gratuita pelos entes federativos que poderão ser de medicamentos essenciais – os considerados prioritários para tratamento de doenças de alta ocorrência no país, ou medicamentos excepcionais – possuem alto custo e baixa incidência de uso da população como um todo.

⁵⁰ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial Na Saúde Pública**. 2012. Disponível em:< <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 17/07/2013.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 309.

⁵² GRINOVER, Ada Pelegrini. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. In: **Quando o Judiciário Ultrapassa Seus Limites Constitucionais e Institucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 368.

Desta feita, é através das políticas públicas e de medidas adotadas pelo Estado, para implantar e efetivar o disposto no Texto Constitucional, que há a garantia de direitos fundamentais. Entretanto, a forma, como e quanto será gasto com a política pública da saúde, dependerá dos fins a que o Estado de destina, além de todo o seu aparato orçamentário, pois a Constituição Federal não estabelece diretrizes tão claras para tanto, indicando apenas o que deverá ser efetivado pelo gestor público. Nesse sentido, José Afonso da Silva aduz:

Diz-se que o núcleo central dos direitos sociais é constituído pelo direito do trabalho (conjunto dos direitos dos trabalhadores) e pelo direito de seguridade social. Em torno deles, gravitam outros direitos sociais, como o direito à saúde, o direito de previdência social, o de assistência social, o direito à educação, o direito ao meio ambiente sadio. A Constituição tentou preordenar meios de tornar eficazes esses direitos, prevendo, p. ex., fonte de recursos para a seguridade social, com a aplicação obrigatória nas ações e serviços de saúde e as prestações previdenciárias e assistenciais [...].

Desta maneira, apesar da tentativa Constitucional de vincular recursos para fins de concretização dos direitos sociais, não há nenhum caráter vinculativo do orçamento público na consecução de políticas que efetivem o direito à saúde. O ente público, obrigatoriamente, deve promover a efetivação de tais direitos. O corpo social sempre estará em posição expectativa no que tange á atuação do Poder Público .

Ademais, insta salientar que o fornecimento, ou melhor, a efetivação das políticas públicas de saúde são inerentes a todos os entes estatais. Ou seja, a consecução da saúde é responsabilidade tanto do Município, como do Estado e da União, pois, conforme disposto no artigo 198, §1º da Constituição Federal⁵³: “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.”

Diante disto, vasta é a jurisprudência afirmando ser responsabilidade de todos ou qualquer dos entes individualmente a consecução da saúde pública. Assim, há solidariedade entre os entes, pois o requerente poderá ajuizar a demanda contra um ou contra todos ao mesmo tempo. Isto porque o Sistema Único de Saúde é custeado

⁵³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17/07/2013.

por todos os entes estatais a partir dos recursos orçamentários da seguridade social. Nesse sentido, é o teor da jurisprudência abaixo citada:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. DIREITO DE REGRESSO DO MUNICÍPIO EM FACE DA UNIÃO. DESCABIMENTO. 1 - A questão discutida nos autos diz respeito à possibilidade ou não, ante a solidariedade existente entre os entes federativos quanto ao dever fundamental de prestação da saúde, de reconhecer o direito de regresso a ser exercido em face da União com o objetivo de que haja o ressarcimento de 1/3 (um terço) dos valores diretamente despendidos pelo Município no cumprimento de decisão judicial que determinou o fornecimento de medicamentos pleiteados pelas partes. 2 - Tendo em vista a jurisprudência firme do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, não se discute que a obrigação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é solidária, de maneira que qualquer um dos referidos entes federativos pode figurar no pólo passivo da demanda em que se objetiva assegurar o fornecimento ou custeio de medicamentos ou tratamento médico. 3 - Nesse contexto, há uma conjugação articulada e racional de esforços e iniciativas entre os entes federativos, tendo sido adotado pelo ordenamento jurídico o sistema de repasse de verbas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, levando em consideração sobretudo as suas despesas e necessidades, segundo critérios estabelecidos pelo artigo 35, da Lei nº 8.080/90. 4 - A obrigação da União é, prioritariamente, de repasse de recursos e, portanto, presume-se que os recursos destinados à aquisição dos medicamentos já foram repassados ao Município. Desta forma, uma vez condenado um dos entes federativos, não cabe a pretensão de ressarcimento aos demais, na medida em que o valor desembolsado encontra-se diluído no próprio sistema de repasse de recursos financeiros. 5 - Recurso de apelação provido. (Brasil.Tribunal Regional Federadl-2ª Região – Quinta Turma Especializada. Apelação Cível: 200751130000053 , Des. Rel. Aluisio Gonçalves De Castro Mendes, Data de Julgamento: 27/11/2012, , Data de Publicação: 05/12/2012)

Isto posto, conforme a jurisprudência supra colacionada, resta clara a pacificidade da questão, reconhecendo-se a existência de solidariedade dos entes federativos.

3 A AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – ATIVISMO JUDICIAL

Em diversas partes do mundo e nos mais diversos períodos da história, tem-se verificado um fenômeno de crescente atuação do Poder Judiciário ao decidir questões de cunho eminentemente político, as quais se destinam a implementar políticas públicas ou realizar escolhas relacionadas ao entender moral de toda uma sociedade.

No Brasil não ocorre de maneira diversa. Apesar de ganharem mais notoriedade social as decisões que promanam do Supremo Tribunal Federal – que em virtude da publicidade efetivada através das transmissões das sessões do pleno alcançam a todos do povo, possibilitando o controle social da democracia - o ativismo é realizado nas mais diversas instâncias judiciais, pois a busca da efetividade da tutela jurisdicional é o escopo processual inerente à sua existência.

3.1 CONCEITO E CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO

Preliminarmente, antes de se adentrar no conceito de ativismo judicial, faz-se necessária a sua diferenciação perante o termo e a atividade da judicialização da política. Isto porque, a literatura, em grande quantidade de casos, utiliza ambos os termos como sinônimos, atribuindo-lhes o mesmo sentido. Quando, na verdade, referem-se a âmbitos e abrangências diferenciadas e esferas do Poder diferentes.

No fenômeno da judicialização, questões de grande repercussão política são levadas à apreciação do Poder Judiciário, em virtude da omissão dos poderes a quem compete tal função: Poder Legislativo (Congresso Nacional) e Poder Executivo. Este fenômeno se fortaleceu e se expandiu a partir da democratização, que ocasionou um aumento na demanda do Judiciário, pela busca do indivíduo por justiça, além da constitucionalização ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro, que

transformou matérias políticas em Direito positivado. Assim, no entender de Luís Roberto Barroso ⁵⁴:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

(...)

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.

O Poder Judiciário passa a analisar e julgar situações políticas e concretas após a sua provocação, em virtude da situação política, cerne do conflito, ser contemplada pela legislação, cabendo ao mesmo, em virtude de sua função, como também em atenção ao princípio da inafastabilidade do Judiciário, julgar sem se eximir de seu dever. Nesse sentido, passam as matérias de ordem política e social a ser apreciadas pelo Judiciário, pois é uma obrigação deste poder proferir um julgamento. José de Ribamar Barreiros Soares⁵⁵ conclui que:” A judicialização da política tem a ver com a transformação de questões políticas em jurídicas, sobretudo diante dos direitos e garantias fundamentais, cuja integridade compete ao juiz manter.”

O ativismo judicial se diferencia sobremaneira do conceito de judicialização dado acima, primeiro porque não há consonância doutrinária da sua concepção conceitual. Doutrinadores divergem quanto ao conceito do fenômeno, como também do que venha a ser este ativismo.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23/01/2013, p. 4.

⁵⁵ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial No Brasil: O Supremo Tribunal Federal Como Arena de Deliberação Política**. 2010. Disponível em:<http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/5244/ativismo_judicial_soares.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21/07/2013.

Alguns autores compreendem o ativismo como a atividade do magistrado que, na aplicabilidade do direito, excede todo o arcabouço normativo-jurídico, agindo, assim, de forma a ultrapassar as prerrogativas que lhe cabem. No entanto, compreende-se que qualquer atividade do Juiz que transgrida a ordem e seus poderes não é ativismo, e sim abuso de poder.

Desta feita, para fins deste trabalho, adotar-se-á a concepção de ativismo judicial como a capacidade de escolha que detém o magistrado de interpretar os dispositivos constitucionais, expandindo ao máximo o seu sentido e alcance para fins de tornar o direito mais efetivo e eficaz. De acordo com José Afonso da Silva⁵⁶:

O ativismo judicial se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais.

Luís Roberto Barroso⁵⁷ afirma que comumente o ativismo se concretiza em situações de “retração do Poder Legislativo”, que, ao se omitir de legislar sobre matérias relevantes, dentre elas as relativas a direitos sociais, distancia a “classe política da sociedade civil”, impedindo a efetivação das demandas sociais. Nesse sentido, afirma literalmente o citado autor:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: <23/07/2013.

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23/01/2013, p. 6.

O juiz, em sua atitude ativista, busca extrair o máximo de efetividade do texto constitucional, sem contudo invadir a esfera de criação do direito, pois o ativismo, essencialmente, busca a efetivação da tutela jurisdicional pautado na interpretação constitucional e toda a carga principiológica e valorativa que revestem o sistema. Não há uma criação espontânea, no sentido de livre criação do magistrado, das medidas e decisões a serem aplicadas. O ativismo não atua fora do ordenamento, isso seria arbítrio, o magistrado se utiliza além do arcabouço normativo fundamentando suas decisões no próprio sistema jurídico vigente.

O Poder Judiciário passa a satisfazer demandas que deveriam ter sido concretizadas pelo Legislativo, mas que acabaram por provocar o Estado-juiz, visando à tutela jurisdicional, principalmente relacionadas a direitos de segunda geração. No voto do Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45, citada por Juliano Ralo Monteiro, verificamos tal posicionamento, *in verbis*⁵⁸

Implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. Mas é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis, colocando em risco os direitos individuais e coletivos previsto na Constituição Federal.

Coadunando com o disposto acima, afirma Leonardo Sarmiento⁵⁹ que:

Não haveria "ativismo judicial" se os direitos fundamentais, por exemplo, restassem prestados nos termos da Constituição, pois a Função Judiciária só se ativa quando provocada a partir da ineficiência da Função Executiva em prestar os direitos fundamentais por suas políticas públicas e do legislativo, de legislar de modo a conferir eficácia aos mandamentos fundamentais.

⁵⁸ MONTEIRO, Juliano Ralo. **Ativismo Judicial: Um caminho para concretização dos direitos fundamentais.** In: **Estado de Direito e Ativismo judicial.** José Levi Mello do Amaral Júnior (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 165.

⁵⁹ SARMENTO, Leonardo. **O Ativismo Judicial Constitucionalizado e Necessário.** Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/104982/>>. Acesso em 22/07/2013.

Desta maneira, o ativismo surge visando concretizar a função que lhe cabe de proteger a ordem jurídica e garantir a efetivação constitucional. Neste caso, decorrente da deficiência de atuação dos outros dois poderes.

Quanto ao seu surgimento, verifica-se que não há um consenso sobre este momento histórico. Dessa maneira, restringir-se-á a citar alguns fatos emblemáticos que dão uma ideia acerca do seu início.

Barroso⁶⁰ afirma que o ativismo teve início com a atividade jurisprudencial da suprema Corte Americana, e:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

3.2 PONTOS CONTROVERSOS

O ativismo surge como atividade do Judiciário, de caráter positivo, na busca da concretização dos direitos de segunda dimensão. No entanto, o fato de o Judiciário interferir na esfera dos outros dois poderes em busca da efetividade e eficácia normativa, surgem algumas polêmicas, principalmente no que tange à separação dos poderes e o caráter representativo, ou melhor, a ausência deste caráter, do Judiciário.

A seguir, sem o propósito de limitar a temática, buscar-se-á analisar os pontos ditos controversos vinculados ao exercício do ativismo judicial.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23/01/2013, p. 7.

3.2.1 *Suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes*

A tripartição dos poderes surge no momento em que se busca romper com o modelo absolutista de Estado, após a verificação de que o homem, no momento em que concentra diversos poderes em suas mãos tende, historicamente, a abusar destes poderes. Para tanto, surge também a teoria dos freios e contrapesos, que segundo Murilo Maldonado⁶¹:

[...]surge na Inglaterra, a partir da ação da Câmara dos Lordes (nobreza e clero) equilibrando (balanceando) os projetos de leis oriundos da Câmara dos Comuns (originados do povo), a fim de evitar que leis demagógicas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas. Na verdade, o objetivo implícito era conter o povo, principalmente contra as ameaças aos privilégios da nobreza.

Visando assim, regular os poderes através do poder. Ou seja, os próprios poderes realizarão o controle uns dos outros. Por isso, serão independentes e harmônicos entre si, como dispõe o artigo 2º da Constituição Federal.⁶²

Fato é que com o ativismo judicial – atividade do magistrado em concretizar os direitos fundamentais através da mais extensiva interpretação constitucional – passou-se a questionar sobre o respeito ao princípio da tripartição dos poderes. Até que ponto este modelo é respeitado, se o Judiciário, por vezes, exerce funções atípicas, além das previstas legalmente?

O ativismo, na maior parte das vezes, excetuando os casos de controle de constitucionalidade, surge inserido no contexto de direitos fundamentais de 2ª geração, aqueles que ordenam uma conduta positiva do Estado. A falta de regulação de tais direitos não impede o julgador de reconhecê-los e de determinar, principalmente na conduta de outros poderes, a imperatividade de tais preceitos.

⁶¹ MALDONADO, Maurílio. **Separação Dos Poderes E Sistema De Freios E Contrapesos : Desenvolvimento No Estado Brasileiro.** Disponível em:< http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf>. Acesso em:16/07/2013.

⁶² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03/07/2013.

Com o passar dos anos, o Judiciário vem atendendo, num volume maior, as mais variadas demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas a contento ou a tempo pelo legislador. Insta observar que a Carta Constitucional foi promulgada em 1988. Há mais de vinte anos que Constituição vige no ordenamento jurídico brasileiro e muitas de suas proposições encontram-se sem efetividade em função da omissão do Legislativo em criar normas que regulamentam tais direitos, e, em razão disso, a matéria deságua no Judiciário.

Desse modo, alguns temas buscam a sua solução no Judiciário e exigem do magistrado uma posição além da aplicabilidade da lei, muito mais que o ato da subsunção, pois, na realidade, não há normatização para tais casos, não havendo lei ou dispositivo que nela regulamente determinado direito de segunda dimensão. Muito menos parâmetro claro e definido e de aplicação direta na Constituição Federal.

Importante deixar claro que a posição ativista é característica do próprio regime constitucional que foi adotado no país. Por expressa previsão legal e constitucional, nenhum órgão do Judiciário pode se omitir a questões levadas à sua análise por obscuridade ou ausência de lei, ainda mais no uso do *writ* mandado de injunção. Além do Princípio do *non liquet*, em que o juiz não poderá se eximir de julgar qualquer demanda, utilizando assim dos princípios gerais do direito, da analogia e costumes, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro⁶³.

Desta feita, o agir do Judiciário em meio às suas funções decorre do seu próprio poder. O ativismo não busca criar uma nova ordem jurídica, o intuito do instituto é buscar a garantia de direitos fundamentais, que foram contemplados constitucionalmente com um caráter programático, que, no entanto, assumiram a condição de direitos subjetivos, os quais poderão ser satisfeitos através de tutelas jurisdicionais. Para Uadi Lamêgo Bulgos⁶⁴ será admissível a interferência de um poder sobre o outro apenas quando visar a garantia de direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição; caso contrário, de nada

⁶³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 03/07/2013.

⁶⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 89.

adiantará a inafastabilidade da jurisdição, que existirá, apenas, nominalmente, sem qualquer relevância prática.

É válido salientar que o Supremo Tribunal Federal, quando decide de maneira ativista, o faz revestindo suas decisões de caráter temporal, à medida em que regulamenta a situação levada ao seu conhecimento até que o Poder competente legisle sobre a matéria omissa. Assim, não há o que se falar sobre quebra da tripartição dos poderes, visto que o Judiciário age fazendo e respeitando a decisão do Poder originalmente competente. Entretanto, visando suprimir uma possível insegurança jurídica e fazendo valer a sua função magna de guardião da Constituição, não deverá se omitir, assim como já o fez o Poder Legislativo, diante da necessidade de resguardo dos direitos fundamentais.

Quanto ao fato de a atividade jurisdicional assumir contornos de outros poderes, desencadeando o ativismo, segundo Barro⁶⁵ existem dois posicionamentos a respeito. Um que defende a soberania e a tripartição dos poderes, de maneira que a Constituição deverá se sobrepôr à lei, por ser expressão máxima da vontade de um povo. E outra corrente, que justifica a atuação do Judiciário por uma necessidade de preservação do Estado Democrático de Direito, conferindo ao juiz garantir o ambiente necessário para o exercício dos direitos do povo.

Constata-se, pois, que a necessidade de uma mudança de postura do Poder Judiciário decorreu de uma histórica falta de efetividade dos direitos de segunda geração, considerados direitos programáticos, aos quais pertencem os direitos sociais⁶⁶. Nesse sentido, de acordo com Paulo Bonavides:⁶⁷

No direito constitucional positivo do Brasil são taxativamente direitos sociais aqueles contidos no art. 6º da Constituição, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma disposta pelo texto constitucional. Tais direitos, por derradeiro, concretizam-se no indivíduo em dimensão objetiva, envolvendo o concurso do Estado e da sociedade.

⁶⁵ SILVA, Aurélia Carla Queiroga Da. et al. **Direitos Fundamentais – Capítulo 1**. Natal, 2012. p. 23.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2010, p. 654

⁶⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2010, p. 656.

Dessa forma, a fim de evitar os efeitos colaterais acima referidos, o intérprete deverá se pautar nos seguintes parâmetros:

(...) a) *preferência da lei*: onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente; b) *preferência pela regra*: onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria⁶⁸.

Sob o paradigma do contemporâneo Estado Constitucional de Direito, o desenvolvimento dos valores constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais não podem ficar reféns das omissões inconstitucionais do poder público, cumprindo ao Poder Judiciário, no controle dessas omissões, buscar supri-las para garantir a todos existência digna nos ditames da justiça social, concretizando as promessas do Estado do bem-estar social.

A necessidade de uma mudança de postura do Poder Judiciário decorreu de uma histórica falta de efetividade dos direitos de segunda geração, considerados direitos programáticos, aos quais pertencem os direitos sociais.

3.2.2 *Falta de caráter representativo do Poder Judiciário*

De acordo com o sistema tripartido da separação dos poderes, conforme citado no subtópico acima, o Estado adotou para si o exercício da jurisdição, com poderes de dizer o direito, conservando o disposto na ordem constitucional.

Além de adotar o sistema proposto por Montesquieu, o Estado brasileiro também é eminentemente uma democracia representativa. Ou seja, o poder, apesar de emanar do povo não, é exercido por este. O povo elege representantes que agirão em nome da coletividade.

Diante deste conceito, surge o questionamento a respeito da atividade legiferante que exerce o Poder Judiciário quando atua ativamente no caso concreto.

⁶⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2010, p. 392.

Assumindo a posição de legislador que, precipuamente, conforme a separação dos poderes, cabe ao Poder Legislativo realizar.

O ponto a ser levantado gira em torno da falta de representatividade do Judiciário. Isto porque, se o sistema adotado é o democrático, como é possível, ou melhor, qual a legitimidade do Judiciário em invalidar decisões proferidas por aqueles que foram eleitos pelo povo para produzir leis?

Inicialmente, cabe destacar que é imprópria a confusão conceitual entre Estado Democrático de Direito e democracia representativa. A legitimidade não se concretiza apenas através do voto popular, nem muito menos aplicar os mesmos critérios de legitimidade tanto para o Legislativo como para o Judiciário, que possui estrutura e atividade de caráter decisório diferente. Luis Flávio Gomes⁶⁹ esclarece tal distinção:

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juízes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes que ocuparão os principais postos políticos. Os juízes, portanto, de acordo com o sistema adotado pelos Constituintes, não só não serão eleitos diretamente pelo povo, senão que estão proibidos de exercer qualquer atividade político-partidária, o que significa que não podem sequer desejar eleição direta.

O Poder Judiciário possui legitimação diferenciada do Poder legislativo. Esta se consubstancia na medida em que o magistrado age com base na legalidade, atendendo estritamente ao disposto em lei, assim como, na função e capacidade de tutelar, resguardando os direitos fundamentais do corpo social.

Ademais, ao poder jurisdicional cabe também o controle dos demais poderes políticos, buscando impedir eventuais abusos e seus agigantamentos, exercendo assim uma função democrática, pois, segundo Frederico Guilherme Hernandez

⁶⁹ GOMES, Luis Flávio apud DENZ, Guilherme Frederico Hernandez. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. Disponível em:< BuscaLegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 01/07/2013.

Denz⁷⁰ “Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o Judiciário”.

A independência do Judiciário é elemento imprescindível no exercício da função da soberania, além de exigência do modelo constitucionalista para fins de limitação eficaz do poder. A democracia sujeita os governos ao Estado de Direito e assegura que todos os cidadãos recebam a mesma proteção legal e que os seus direitos sejam protegidos pelo sistema judiciário.

O norte da democracia baseia-se nos princípios do governo da maioria, associados aos direitos individuais e das minorias. Todas as democracias, embora respeitem a vontade da maioria, protegem escrupulosamente os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias⁷¹. E este papel cabe ao Judiciário. Como esclarece Denz⁷²:

O Poder Executivo e o Poder Legislativo se pautam por valores diversos ao Poder Judiciário. O juiz, ao contrário do político, exerce função técnica e não deve agradar as maiorias (busca de votos) ou julgar de acordo com conveniências políticas. ‘A falta de um judiciário adequado para esta tarefa é suscetível de provocar uma grave insegurança jurídica, com o conseqüente perigo à democracia’. Daí ser imperativo que os membros do Poder Judiciário não sejam acometidos por pretensões políticas ou suas decisões sofram influxos de pressões político-partidárias.

Desta feita, o Judiciário, visando concretizar os preceitos constitucionais, poderá assumir uma posição contramajoritária visando a proteção constitucional. Isto porque, suas decisões deverão estar revestidas da guarda da Carta Constitucional, não devendo ater-se ao que almeja a maioria, mas sim no que dispõe a lei e a justiça. O sistema brasileiro é pluralista e, desta feita, deve atender aos ditames constitucionais mesmo que desagrade a maioria.

⁷⁰ DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. p. 8. Disponível em:< BuscaLegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 01/07/2013.

⁷¹ NEUNER, Jörg. **Os Direitos Humanos Sociais**. Direito Público. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005. Vol. 1, n. 1. p. 23

⁷² DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. p. 8. Disponível em:< BuscaLegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 01/07/2013.

Ademais, a própria Carta Constitucional impede a filiação partidária ou a eleição de magistrado para assumir cargo junto ao Legislativo. Assim, o ativismo judicial contribui sobremaneira para a manutenção do sistema democrático, sendo até o momento a solução do sistema. O foco da questão não gira em torno do papel do Judiciário, mas sim a crise de representatividade do próprio legislativo, que em virtude de sua omissão legiferante acaba por desaguar na jurisdição constitucional.

Desse modo, com a evolução da doutrina da tripartição dos poderes e o surgimento do modelo americano, modificou-se aquela ao longo do próprio tempo, desde a revolução Francesa até os tempos atuais. Segundo Gregório Assagra Almeida⁷³ “é portanto, no Estado Democrático de Direito que o Estado-jurisdição assume novo papel comprometido constitucionalmente com a problemática social, o judiciário passa a ser Poder transformador da realidade social”. Pois há muito, o modelo estabelecido por Montesquieu já foi superado, e porque não dizer adaptado.

3.2.3 Implicações danosas em relação à organização orçamentária estatal

O orçamento público, em definição dada pelo Ministério do Planejamento⁷⁴

É um instrumento de planejamento governamental em que constam as despesas da administração pública para um ano, em equilíbrio com a arrecadação das receitas previstas. É o documento onde o governo reúne todas as receitas arrecadadas e programa o que de fato vai ser feito com esses recursos.

No entanto, nem sempre este foi o conceito de orçamento. Com a evolução do modelo estatal modificou-se, também, a sua concepção à medida em que o próprio Estado assumiu novos contornos. Desta maneira, o Estado inicialmente revestido de liberalismo, coadunando com a primeira geração de direitos, assume uma posição negativa na prestação de direitos. Desta feita, a função orçamento visava apenas à arrecadação de receitas e a previsão de despesas a serem realizadas pelo Estado, sem nenhuma preocupação com qualquer interesse coletivo.

⁷³ ALMEIDA, Gregório Assagra apud MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Bahia: jus Podivm, 2008, p. 441.

⁷⁴ Ministério do Planejamento. **Conceitos Sobre Orçamento**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/layout/slices/faq.asp?sub=30>>. Acesso em: 04/07/2013.

Com o surgimento do Estado social, o agir estatal é modificado, como também a sua política orçamentária. Isto porque, o Estado social, diferentemente do estado Liberal, contempla a efetivação dos direitos de segunda geração através da implementação e efetivação dos direitos sociais. O Estado deixa, apenas, de prever receitas e autorizar despesas do ente, e passa a promover e concretizar políticas públicas e direitos fundamentais insertos na Carta Constitucional.

O orçamento resulta da atividade conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo, na medida em que o primeiro propõe e o segundo aprova. Diante disto, todas as propostas orçamentárias partem do Poder Executivo.

Isto posto, surge possível controvérsia, no que se refere à interferência do Poder Judiciário junto à organização orçamentária estatal, que pode vir a agir de forma danosa à sua estrutura. As normas orçamentárias são de competência do Poder Executivo, o questionamento surge, em como efetivar os direitos sociais previstos constitucionalmente, não havendo dotação orçamentária reservada para tal, ou sendo esta insuficiente, sem ofender ao princípio da separação dos poderes.

Este questionamento ganha corpo com a evidência do ativismo judicial. Até que ponto a busca pela máxima efetividade constitucional, não acabe por interferir em questões econômico/orçamentárias alheias ao Poder Judiciário, vindo inclusive a abalar todo um sistema?

Controverso é o entendimento a respeito do tema.

O ponto a ser ressaltado gira em torno da função jurisdicional e a efetivação dos direitos sociais. O Estado, para fins de concretização dos direitos fundamentais, programará políticas públicas. Verificando o Poder Judiciário a ausência dessas políticas ou mesmo a deficiência em sua elaboração, agirá buscando a máxima efetividade do direito social.

Ocorre que o Judiciário, ao firmar diretrizes para a concretização das tutelas jurisdicionais deferidas, passa a dizer de que maneira o Poder Executivo irá agir, economicamente e segundo Clara Cardoso Machado⁷⁵:

⁷⁵ MACHADO, Clara Cardoso. **Limites Ao Ativismo Judicial À Luz Do Constitucionalismo Fraternal**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraternal.pdf>. Acesso em: 03/07/2013.

Trata-se da distribuição de recursos públicos pelo Judiciário, que repercute diretamente nas escolhas orçamentárias dos gestores. Liminares em ações individuais que determinam a exigibilidade concreta de prestações para garantia de direitos fundamentais sociais, sem considerar as circunstâncias fáticas relacionadas à escassez de recursos e a lei orçamentária em vigor; decisões que obrigam o Executivo a construir salas de aula, leitos em hospitais, abrigos para adolescentes infratores, no mesmo exercício financeiro, ainda que não exista dotação orçamentária para tanto; alteração de objetivos traçados em programas de governo para concretizar direitos fundamentais sociais ou exigência de implementação de políticas públicas não incluídas no orçamento para o mesmo exercício financeiro, são algumas situações que precisam ser analisadas pontual e cuidadosamente, a fim de que não haja subversão do princípio democrático e ativismo judicial indiscriminado. Observe que para estas decisões judiciais não existem rubricas específicas no orçamento, fato que impõe realocação de recursos públicos.

Diante do exposto acima, deve o Judiciário buscar prover a tutela jurisdicional adequada, sem, no entanto, esquecer que as políticas públicas devem, assim como os direitos por ela perseguidos, possuir um caráter social. Ou seja, a coletividade deve ser vista primordialmente. Além do que, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade deverão nortear a atividade jurisdicional, garantindo o mínimo existencial e respeitando a reserva do possível, contribuindo para o sistema e não ocasionando um colapso institucional e financeiro.

Seguindo esta lógica, Clara Machado⁷⁶ observa que os juízes, ao exercerem o poder jurisdicional, não devem substituir o Executivo nas escolhas orçamentárias que venham a fazer ao deferir tutelas jurisdicionais visando a satisfação de direitos fundamentais sociais. Para aquela, o Estado-Juiz pode e deve examinar se as medidas eleitas são idôneas e razoáveis à concretização dos direitos pleiteados em juízo, identificando se há razoabilidade na alocação ou se esta se fundamenta em motivos escusos, discriminatórios, de interesse pessoal do gestor, apresentando-se uma situação passível de controle jurisdicional.

Em levantamento realizado pelo Ministério da Saúde⁷⁷ através de consultoria prestada pela Advocacia Geral da União, verificou-se que no âmbito da Justiça Federal, houve um enorme salto desde o ano de 2002 até o ano de 2011 na busca ao Judiciário para a efetivação do direito à saúde.

⁷⁶ MACHADO, Clara Cardoso. **Limites Ao Ativismo Judicial À Luz Do Constitucionalismo Fraternal**. Disponível em:<http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraternal.pdf>. Acesso em: 03/07/2013.

⁷⁷ Advocacia Geral da União. **Intervenção Judicial na saúde Pública**. Disponível em:<<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 07/07/2013.

De acordo com o Ministério da saúde, do ano de 2009 a 2011, foram propostas 2.325 novas demandas buscando a efetivação do direito à saúde no âmbito federal. No entanto, dessa quantidade de demandas acima citadas, nem todas tiveram o seu pedido julgado procedente. Das decisões que foram efetivadas pelo Ministério da Saúde, ou seja, aquelas cujo pleito autoral foi atendido, gerando o dispêndio econômico por parte do Estado, foram realizadas 5.007 compras por parte do ente federal. Isto referente a quantidades e não a valores econômicos, o que representa um gasto totalmente imprevisto por parte do ente.

No ano de 2009 os gastos federais com as demandas judiciais referentes à saúde chegaram a R\$ 83.165.223,93 (oitenta e três milhões cento e sessenta e cinco mil duzentos e vinte três reais e noventa e três centavos). Já no que se refere ao ano de 2011, dois anos depois, o Ministério da Saúde verificou o gasto de R\$ 243.954.000,00 (duzentos e quarenta e três milhões novecentos e cinquenta e quatro mil reais). Em dois anos, o dispêndio com a efetivação de decisões judiciais cresceu em quase R\$ 161.000.000,00 (cento e sessenta e um milhões de reais), valendo salientar que todo este gasto não foi previamente previsto em orçamento, ainda mais quando as decisões possuem caráter de urgência como a efetivação da antecipação dos efeitos da tutela.

Segundo o relatório em que se obteve os dados acima, o Advocacia Geral da União afirma que, buscando efetivar as medidas judiciais temendo o gestor público a aplicação de astreintes, a imposição de prisão ou outros meios coercitivos, busca o ente público alocar recursos para o cumprimento judicial das tutelas jurisdicionais, desprovendo o abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde, além de deixar de atender a políticas públicas previamente estabelecidas, inclusive em orçamento.

Neste sentido dispõe Denise Vargas⁷⁸:

É certo que a competência para implementação de políticas de concretização dos direitos sociais é do Executivo, que é vinculado ao respeito à legalidade orçamentária, pois só pode gastar, a título de dispêndio público, o que estiver contido em lei orçamentária. Nesse sentido, seria afronta à separação dos poderes o Judiciário determinar a concretização desses direitos a qualquer custo.

No entanto, há direitos sócias que inclusive se consubstanciam como princípios constitucionais sensíveis 9educação e saúde – art. 34, VI, CF), os

⁷⁸ VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010. p. 245.

quais demandam uma concretização judicial, quando a omissão executiva for injustificada, segundo o pensamento da doutrina neoconstitucionalista.

Assim, forçosa é a análise destes dados e a compreensão de que cada demanda judicializada corresponde a um pedido de caráter individual, não efetivado através de políticas públicas, que deságuam no Judiciário, exigindo efetivação. Coadunando com o exposto, entende Denise Vargas⁷⁹:

O Judiciário deve usar de critérios de proporcionalidade, pois a determinação de ordens aleatórias de alocação de recursos, sem conhecimentos técnicos, para custear gastos elevados de duvidosa eficácia, é conduta temerária que pode afrontar o direito de igualdade, colocando em risco a própria ideia de separação dos poderes e de Estado de Direito.

Destarte, deve o Estado-Juiz ponderar o caso concreto frente às condições orçamentárias do ente envolvido na demanda, pois o ativismo judicial irrestrito deixará de ser a solução e passará a ser o grande problema da judicialização da política.

⁷⁹ VARGAS, Denise. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010. p. 375.

4 O ATIVISMO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

O fenômeno da judicialização da política permitiu que matérias antes de cunho apenas político passassem a se revestir de caráter jurídico e, conseqüentemente, ensejassem direitos objetivos e subjetivos.

A saúde, prevista constitucionalmente, é um exemplo de direito subjetivo, ou seja, que permite ao cidadão detentor do mesmo, quando da omissão ou erro do Estado em viabilizá-lo, requerer judicialmente a sua efetivação.

Desta maneira, o Judiciário tem atuado de forma ampla na efetivação desse direito de segunda geração, buscando alternativas que os concretizem dentro do próprio ordenamento pátrio. No entanto, surgem questionamentos a respeito da atividade do Judiciário, o que traz à tona questões como a reserva do possível e o mínimo existencial.

Assim, a seguir, abordar-se-á a respeito da compreensão dos conceitos acima citados, como também uma análise jurisprudencial e comparativa do agir do Estado-Juiz, no âmbito estadual e federal, na ânsia de efetivar o direito à saúde.

4.1 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial surgiu na doutrina estrangeira, com o fim de caracterizar as condições mínimas de que necessita o ser humano para o exercício de sua dignidade. Visto que a dignidade humana é primado essencial e norte constitucional do ordenamento jurídico brasileiro, este conceito reflete as condições mais básicas que um ser humano, por ser detentor dessa condição, necessite materialmente para sua existência sem desrespeitá-la. Esta teoria, de uma prestação mínima de direitos sociais, surge na Alemanha, posteriormente à guerra, com o intuito de fundamentar a existência de direitos sociais.

Para Ana Paula de Barcellos⁸⁰:

⁸⁰BARCELLOS, Ana Paulo apud MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Bahia: Jus Podivm, 2008. p. 425.

[...] não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo.

Dever-se-á, desta maneira, extrair-se um mínimo de direitos dos preceitos constitucionais para fins de realização da dignidade do ser humano, o que viabiliza ao cidadão condições mínimas.

O Estado, quando social, busca, através de políticas públicas, a realização dos direitos sociais de um povo, buscando atenuar as desigualdades existentes e resguardando os seus direitos mais básicos.

O mínimo condizente com a dignidade do homem variará de acordo com aspectos espaciais e temporais, sendo importante compreender que o mínimo tratado nesse momento não se refere apenas ao existir, mas sim a todo o aparato material e de direitos que transponham o conceito de pobreza absoluta. Para Henrich Scholler⁸¹ “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”, o ser humano haverá alcançado a sua dignidade.

Forçosa é a distinção do que seja o mínimo existencial de mínimo vital, ou, como alguns doutrinadores preferem, de sobrevivência. Este último conceito relaciona-se com a garantia da vida humana, sua existência, apesar de não se apresentar como o suficiente para a manutenção da vida de acordo com os direitos mais básicos inerentes ao ser e ao modelo garantido pelo Estado Social.

Ocorre que, para viabilizar o mínimo existencial o Judiciário necessita, por vezes, intervir em políticas públicas, as quais são de competência do Legislativo e Executivo.

Incumbe ao legislador a função de prever de que forma e condições as prestações positivas do Estado serão fruídas pelo cidadão. No entanto, esperar a atividade do Legislativo pode, por vezes, ocasionar a frustração da efetividade de

⁸¹ SCHOLLER, Henrich apud SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e reserve do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 32.

direitos. Desta feita, segundo Ingo Sarlet⁸², em atenção à separação dos poderes e à harmonia destes, caberá ao Judiciário pronunciar-se a respeito da existência e aplicabilidade do mínimo existencial, nos casos em que haja omissão ou desvio de finalidade na atuação do Poder Legislativo.

O Legislativo deverá direcionar o seu agir vislumbrando o mínimo capaz de assegurar a existência digna do cidadão, balizando e limitando suas ações de acordo com essa premissa principiológica. Do contrário, permitirá a atuação dos tribunais, com o fim de regularizar a atuação errônea do legiferante.

Isto porque, ao estabelecer políticas públicas, o Executivo destina as prioridades de sua gestão, elencando quais aspectos e quanto, em valores de acordo com a moeda corrente nacional, será gasto para a efetivação dessas políticas. Assim, o mínimo existencial deverá balizar e nortear as metas e dotações orçamentárias prioritárias na efetivação da dignidade humana.

No que tange ao orçamento público destinado às políticas públicas, deve-se ter em mente que um determinado contingenciamento será alocado para as atividades prestacionais do Estado, ou seja, a realização das políticas públicas realizadoras dos direitos sociais.

Alguns direitos necessitam de uma maior demanda econômica e outros não. Assim, segundo Ana Cristina Costa Meireles⁸³, o seu balizamento deverá ser feito pelo Executivo e Legislativo:

Se, de fato, a reserva do possível é uma questão que não pode ser desconsiderada, pensamos que o seu balizamento, no primeiro momento, há de ser feito, pelos Poderes Legislativo e Executivo, que devem, ao elaborar as políticas públicas e alocar recursos a elas necessários, fazer uma análise da quantidade de recursos existentes e dos melhores resultados que deles se pode extrair.

Assim, a reserva do possível é a limitação econômica de recursos disponíveis tendo em vista a enormidade de necessidades a serem supridas pelo Estado, atendendo ao mínimo existencial de cada cidadão.

⁸²SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e reserve do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 12.

⁸³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Bahia: Jus Podivum, 2008. p. 446.

O intérprete do direito deverá, ao analisar o caso em concreto, verificar se existe possibilidade financeira para a fruição dos direitos em comento, podendo vir a ser viabilizados através de orçamentos públicos ou de outras vias.

Mas a possibilidade de alocação de recursos não deverá servir de pano de fundo para justificar a não efetivação de políticas públicas, como dispõe a ADPF nº 45 DF ⁸⁴:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou política-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.

Assim, caberá ao Poder Público o ônus de demonstrar, ou comprovar, a ausência de recursos necessários para a satisfação de direitos prestacionais e sua eficiência e aplicação, cabendo ao Estado, tanto quanto possível, promover as condições de efetivação, reconhecendo a necessidade de não retroceder no mínimo existencial já contemplado.

Situação recorrente ocorre na efetivação do direito à saúde, que como dispõe a Constituição Federal de 1988, é dotado de prestações positivas e negativas, por parte do Estado, garantindo-se assim uma subjetividade a este direito.

Na busca da efetivação do direito à saúde, diversas questões procedimentais são suscitadas, como a gratuidade do serviço de saúde e a eficácia plena e direta de direitos subjetivos. Enfocando o âmbito prático da questão, o cidadão busca proteger a sua saúde, através do aparato disponibilizado pelo Estado, capaz de atender à sua necessidade.

A busca pela efetivação da saúde por vezes, ou em sua grande maioria, se defrontará com a reserva do possível que segundo Ingo Sarlet⁸⁵: [...] a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de

⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF Nº 45 DF**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 08/07/2013.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. Direitos Fundamentais orçamento e reserva do Possível. In: **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 27.

prestações financiadas pelos cofres públicos.” Ademais, este pressuposto não deve prevalecer diante do direito à vida. Ainda de acordo com Sarlet⁸⁶ a vida irá se sobrepor à reserva do possível, ainda que venha a comprometer outras demandas ou eventuais ajustes orçamentários.

Entretanto a questão vai muito mais além do que o que concerne aos orçamentos, pois, para fins de ação e prevenção na área da saúde, faz-se necessário todo um aparato logístico e instrumental. Isto porque, ao se demandar uma pretensão em juízo, buscando a efetivação do direito à saúde, dever-se-á, além de identificar a existência do direito, verificar o tipo terapêutico que se pretende, os instrumentos, os medicamentos e procedimentos, havendo uma necessidade de apuração do caso, para que se verifique se o que se busca juridicamente é um tratamento /ou medicamento seguro e eficaz.

O mínimo existencial deverá ser eficaz para toda uma coletividade e ainda assim, conseguir atender às necessidade de cada cidadão em particular. Esse balizamento, a ser realizado pelo magistrado frente a tutela jurisdicional deverá ser acurado, diante dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, através de uma ponderação e critérios objetivos adotados pelo Supremo Tribunal Federal ou então critérios adotados pelo Sistema Único de Saúde, como ver-se-á a diante.

Fato é que para atender ao mínimo existencial e à reserva do possível, o magistrado irá além do pedido pela parte. Deverá fazer uma análise detida de cada documento anexado, de sua idoneidade, do pedido, das formas e alternativas previstas para a solução do caso médico ora apresentado, se detendo a todo o contexto do caso prático, não se fixando apenas na reserva do possível como obstáculo da concretização de direitos subjetivos.

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Durante todo este trabalho se buscou uma compreensão dos institutos que envolvem a temática do ativismo judicial frente à efetivação da saúde pública. A princípio procurou-se situar a temática dos direitos sociais no ordenamento jurídico

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e reserve do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 46.

brasileiro, como também os fins a que se destinam o processo e a função jurisdicional.

Desta feita, restou clara a necessidade de provocação do Judiciário para atender a demandas subjetivas a que cada cidadão faz jus, não só de maneira individual, mas, principalmente, como ser integrante de uma coletividade. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida Cautelar na Ação de descumprimento de Preceitos Fundamentais nº 45, já determinou competir ao Judiciário intervir na implementação de políticas públicas, quando houver omissão ou abusividade por parte do Executivo.

Assim, abordar-se-ão, a seguir, três temáticas diferentes no que tange ao fornecimento da saúde de maneira genérica. No entanto, será estabelecido um contraponto entre as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e o Tribunal Regional Federal da 5ª região, mediante a análise das linhas de interpretação e inovação entre os referidos tribunais, como também o nível de ativismo e as medidas implementadas por ambos no contexto da efetivação do direito à saúde.

A busca pelo acesso aos medicamentos, se não for o maior pleito relacionado à saúde, no mínimo será o pedido com o maior caráter de generalidade no país. Seja no âmbito estadual ou federal, o requerimento de medicamentos se apresenta de forma bastante acentuada nas varas da Fazenda Pública Estadual, como também no âmbito federal. Veja-se alguns posicionamentos jurisprudenciais. O primeiro deles refere-se à decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região⁸⁷.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. DEVER DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NECESSIDADE DO PACIENTE DEMONSTRADA. RAZOABILIDADE DO PRAZO FIXADO PARA CUMPRIMENTO. IMPROVIMENTO.

1. Agravo de instrumento desafiado contra decisão que deferiu tutela antecipada para determinar que a recorrente, o Estado do Rio Grande do Norte e o Município de Natal forneçam à agravada 180 (cento e oitenta) comprimidos do medicamento denominado TEMOZOLOMIDA 100mg

⁸⁷ Brasil. Tribunal Regional Federal -5ª Região. Primeira Turma. **Agravo de Instrumento nº 08002090320134050000**. Rel. Des. Federal Francisco Wildo. Julgamento em: 26/03/2013. Disponível em: < <http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1> >. Acesso em: 20/07/2013.

(TEMODAL), na dosagem e no tempo prescritos pelo médico assistente, devendo a União depositar em juízo o valor necessário ao tratamento no prazo de 20 (vinte) dias.

2. Os três entes da federação - União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios - compõem o Sistema Único de Saúde, prevendo, o art. 196, da CF/88, que a saúde é dever do Estado, sem especificar qual o ente da federação sobre quem recairia este dever. Legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda de qualquer um dos entes federativos. Possibilidade de se exigir da recorrente o adimplemento integral da ordem impugnada, cabendo a ela buscar regressivamente dos demais entes da Federação o ressarcimento das parcelas atinentes à responsabilidade de cada um.

3. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a estes entes a efetivação do tratamento, não possuindo a Liga Norte-Riograndense Contra o Câncer legitimidade passiva para integrar a lide.

4. A mera alegação de que o medicamento em debate não tem eficácia comprovada não enseja, per se, a imediata reforma do decisum vergastado, mormente quando há nos autos laudos médicos atestando a imprescindibilidade da utilização do medicamento em debate pela agravada e, mais ainda, a inexistência de outra opção terapêutica semelhante disponível. Diante desse quadro, afigura-se temerário se perquirir, neste instante, acerca da indispensabilidade de submissão da paciente ao tratamento em questão.

5. Razoabilidade o prazo estabelecido - 20 dias - para o cumprimento da decisão agravada, especialmente quando se tem em conta a malignidade da doença de que é portadora a agravada (tumor cerebral, de rápida evolução).

6. Agravo de instrumento improvido. (Brasil. Tribunal Regional Federal 5ª Região. **AI nº 08002090320134050000**. Primeira Turma. Rel. Des. Federal Francisco Wildo. Julgamento em: 26/03/2013. Unânime.)

Analisando a jurisprudência acima, verifica-se, no cabeçalho da ementa, a enunciação de alguns pontos a serem destacados. Primeiramente, trata-se de uma demanda inicialmente proposta na Justiça Federal da 5ª Região, que abrange o Estado do Rio Grande do Norte, com o fim de alcançar a tutela jurisdicional referente ao fornecimento de medicamento para tratamento de um câncer, sendo, entretanto, agravada e levada à apreciação do Tribunal Regional Federal.

Na decisão supra transcrita, verifica-se o destaque, por parte do Judiciário, referente a três aspectos diferentes. Primeiro, no que se refere à solidariedade dos três entes no fornecimento de medicamentos, salientando a solidariedade que existe entre a União, Estados e Municípios, além do fato de a Constituição Federal, quando tratou a respeito da prestação da saúde, não ter feito nenhum tipo de distinção entre os entes. Apesar de a capacidade econômica do ente federal ser notória, é permitido ao cidadão demandar a implementação da saúde perante qualquer das esferas executivas. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸,

⁸⁸ TRF 5ª Região, **APELREEX 8212**, Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão, Órgão Julgador: Primeira Turma, Fonte: DJE - Data: 28/01/2010 - Página: 82

abaixo transcrito:

A jurisprudência do STJ encontra-se pacificada no sentido de que as ações relativas à assistência à saúde pelo SUS (fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico, inclusive, no exterior) podem ser propostas em face de qualquer dos entes componentes da Federação Brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), sendo todos legitimados passivos para responderem a elas, individualmente ou em conjunto.

Outro ponto que merece destaque na decisão é a análise do caso concreto, pois houve a necessidade de percepção do medicamento por parte do paciente que o pleiteava judicialmente. Verificou-se a necessidade real do uso do medicamento, visto ser o paciente/requerente portador de tumor cerebral. A decisão não se restringiu apenas à alegação do ente público de que o medicamento não possuía eficácia, mas também à verificação, por parte do colegiado, da necessidade do requerente, frente à ausência de qualquer outro remédio similar presente no mercado que pudesse ser eficaz. Ademais, resguardou-se a função de implementador de políticas públicas, e não o posicionamento do médico que possui toda a responsabilidade de determinar ou não a eficácia de um fármaco.

Outro ponto a ser salientado se refere ao prazo fixado para o cumprimento da decisão de primeiro grau, a qual, por ser de natureza interlocutória, possui a natureza de imediatidade. Desse modo, o Poder Judiciário, frente ao seu ativismo e ao impacto de decisões desta natureza, fixou um prazo para a aquisição do remédio sem, no entanto, ser este muito longo, em face da gravidade e necessidade do requerente, garantindo-lhe o mínimo existencial sem afetar a reserva do possível.

Na esfera estadual verifica-se, frente à jurisprudência, outros aspectos, como dispõe a ementa abaixo, de julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte⁸⁹:

⁸⁹Rio Grande do Norte. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Segunda Câmara Cível. **Reexame Necessário nº 2013001897- 3**. Rel. Des. João Rebouças. Julgado em: 04/06/2013. Disponível em:< <http://esaj.tjrn.jus.br/cjosq/index.jsp?tpClasse=J&deEmenta=&clDocumento=&nuProcesso=2013+001897+3&deClasse=&cdClasse=&deOrgaoJulgador=&cdOrgaoJulgador=&nmRelator=&cdRelator=&dtInicio=&dtTermino=&cdOrigemDoc=0&Submit=Pesquisar&Origem=1&rbCriterioEmenta=TODAS&rbCriterioBuscaLivre=TODAS>>. Acesso em: 20/07/2013 .

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PACIENTE IMPOSSIBILITADO DE ARCAR COM OS CUSTOS DO TRATAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. GARANTIA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DO MEDICAMENTO E DA INCAPACIDADE FINANCEIRA EM ADIMPLI-LO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA DE PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INOPONÍVEL FRENTE À TEORIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E IMPROVIDA. PRECEDENTES. - O direito à saúde é assegurado constitucionalmente, garantindo-se através de ações necessárias à sua promoção. - Comprovada a patologia do autor, bem como a necessidade de aquisição de medicamentos, conforme prescrição médica, imperioso dar efetividade ao direito à saúde, uma vez que se constitui decorrência da própria dignidade da pessoa humana. (TJRN. **Reexame Necessário nº 2013 001897- 3.** . 2ª Câmara Cível. Rel. Des. João Rouças. Julgado em 04/06/2013.)

Ao verificar as jurisprudências proferidas dos meses de janeiro a julho de 2013, verifica-se que, assim como na jurisprudência acima colacionada, a existência de um critério a observado pelo Tribunal Estadual, que se refere à capacidade econômica do solicitante de medicamento. Assim, frente aos direitos fundamentais e à efetivação do mínimo existencial, não há o que se falar sobre a aplicabilidade da reserva do possível. Para tanto, busca a sua fundamentação em entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁰. Nesse sentido, veja-se:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial.

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

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente

⁹⁰ Brasil. Superior Tribunal De Justiça. **Aggravio Regimental no Recurso Especial 1136549/RS.** Segunda Turma. Rel. Des. Ministro Humberto Martins. Julgado em: 08/06/2010. DJe 21/06/2010, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=AgRg+no+REsp+1136549&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 20/07/2013.

político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no REsp 1136549/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em: 08/06/2010. DJe 21/06/2010.)

Com a leitura do ementário é possível se fazer algumas análises. Note-se que o Estado do Rio Grande do Norte se pauta na ausência do empecilho da reserva do possível, devendo assim, haver uma máxima aplicabilidade e garantia do mínimo existencial pautado em uma obrigação do poder público frente à necessidade do requerente.

Entretanto, deve-se salientar que, no discorrer do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, supracitado, constata-se a ausência de óbices na implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, desde que não haja impossibilidade econômico-financeira do ente público. Ou seja, a intervenção judicial em matérias objeto de políticas públicas e a interferência nos planos orçamentários estatais não dependerão da necessidade do requerente que busca o medicamento, mas também e principalmente da possibilidade do Estado em fornecê-lo.

Com isto, denota-se uma ausência de critérios objetivos, por parte do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Norte, quando se trata de deferir tutelas na área da saúde, principalmente em caráter de urgência. Isto porque, tornou-se praxe se recorrer à Justiça Estadual, ao invés da Justiça federal, apesar desta última possuir mais recursos financeiros capazes de arcar com demandas mais onerosas, em virtude da generalidade de deferimento de tutelas quando a matéria posta refere-se à efetivação da saúde, agindo assim sem critérios claramente definidos quanto à concessão das medidas pleiteadas. Nesse sentido, segundo o Juiz Airton Pinheiro⁹¹ tudo o que se pede na Justiça Estadual é concedido, não havendo critérios objetivos e crivos atentos a matérias outras que envolvam a atividade estatal como disposto

⁹¹ Airton Pinheiro Juiz de Direito titular, atualmente, da 1ª, 2ª e 5ª vara da Fazenda Pública do Estado do RN. Dados obtidos através de audiência particular com o referido magistrado.

em um dos Agravos de Instrumentos analisados pelo Tribunal de Justiça do RN⁹², que afirma a superioridade do direito fundamental à vida que deve ser protegido de maneira a se sobrepor aos interesses financeiros do ente estatal.

O Judiciário busca cumprir políticas públicas e não criá-las, tarefa esta do Executivo, garantindo o direito à vida, através do fornecimento de medicamentos ou tratamento que possibilitem a sobrevivência do cidadão. O questionamento é por que a busca por medicamentos junto ao Judiciário tem sido tão grande se essas demandas deveriam ser supridas pelas políticas públicas?

Duas justificativas se propõem a elucidar o tema. A primeira faz referência à capacidade econômica do Estado em prover todas as necessidades do corpo social, gerando um dispêndio maior que o apurado na receita do orçamento público, ocasionando, assim, certas deficiências em alguns setores ou mesmo a insuficiência de investimentos em outros setores.

A segunda refere-se ao rol de remédios que já fazem parte da lista da ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – responsável por determinar a segurança, eficácia e qualidade do medicamento.

O Departamento de Assistência Farmacêutica, vinculado à Secretaria de Ciência e Tecnologia e Insumos Estratégicos⁹³, divulgou um balanço de gastos do Ministério da saúde frente aos gastos com a compra de medicamentos. O que se verificou foi que, do ano de 2003 a 2009, o salto de gastos com a compra de medicamentos aumentou em mais de cem por cento. No ano de 2003, o orçamento do Ministério da Saúde correspondia a R\$ 23 bilhões de reais e o gasto com medicamentos o montante de R\$ 1,69 bilhão de reais. Quando analisados os dados do ano de 2007, o Ministério da saúde atinge o seu maior orçamento em termos quantitativos, chegando a quase R\$ 30 bilhões de reais. No entanto, o gasto com medicamentos é quase três vezes maior que no ano de 2003, quatro anos anteriores, chegando a quase R\$ 4 bilhões de reais. Assim, a expectativa para a diminuição destes gastos estaria na futura quebra de patentes.

⁹² Rio Grande do Norte. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. 3ª Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº2012 017582-3**. Rel. Des. Cláudio Santos. DJe: 10/05/2013. Disponível em:> <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/54193978/djrn-judicial-10-05-2013-pg-3>>. Acesso em: 21/07/2013.

⁹³ PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**. Brasília, 2010. Disponível em:<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 21/07/2013.

No que se refere ao segundo motivo, ou seja, a respeito do rol de medicamentos constante da lista da Agência de Vigilância Sanitária Nacional, o mesmo também é referenciado como um óbice à concretização da saúde.

Para adentrar a lista de medicamentos inspecionados e legalmente existentes no Brasil, faz-se necessário seguir algumas etapas⁹⁴:

Com efeito, uma primeira etapa do processo de incorporação consiste no registro do medicamento pela ANVISA e que tem por finalidade garantir a segurança, a eficácia e a qualidade do produto. Importante destacar que, de acordo com o artigo 12 da Lei nº 6.360/76, transcrito abaixo – que estabelece critérios técnicos para o registro de medicamentos e insumos -, um medicamento não registrado na ANVISA não é considerado legalmente existente no País:

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata a Lei, inclusive importados, poderá ser industrializado e posto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Assim, qualquer medicamento que não faça parte, não integre o rol de medicamentos registrados na ANVISA, não possui existência fática no fornecimento do Sistema Único de Saúde, ou seja, o Estado não se obrigará a fornecê-lo. E o que se tem visto é a busca do cidadão por fármacos não contemplados na lista da ANVISA. Consequentemente, as demandas no Judiciário só crescem. Delvechio Pereira⁹⁵ afirma que:

Para Morton Scheinberg a origem do problema está na grande demora na inclusão de novos medicamentos ou procedimentos de auxílio no controle de certas doenças na lista do SUS. Outros procedimentos diagnósticos rapidamente incorporados à prática clínica por sua eficácia também não são absorvidos pelo sistema público com a rapidez necessária. Para o especialista, 'a morosidade pública, a meu ver, é o maior estímulo à judicialização, criando-se uma nova indústria entre médicos, laboratórios e advogados'.

⁹⁴ PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 21/07/2013.

⁹⁵ PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 21/07/2013.

Os dados do próprio Ministério da Saúde apontam o problema suscitado pelo pensamento acima descrito. Segundo gráfico divulgado pelo Ministério⁹⁶ no período compreendido entre os anos de 2002 a 2009, o número de fármacos respectivamente era de 101 e 107 medicamentos constantes na lista do Sistema Único de Saúde. Em sete anos apenas seis medicamentos novos adentraram a lista. É menos de um medicamento por ano, para atender a um corpo social gigantesco e o surgimento e evolução de novas drogas mais eficazes. Entretanto, talvez o novo onere um pouco mais, mesmo que seja eficiente. O Estado, por vezes, prefere se manter na mesma situação em que se encontra.

Por uma consequência lógica, se o cidadão não tem acesso a novos medicamentos que tratam doenças que assolam toda uma comunidade, irá inevitavelmente buscar o Judiciário. No entanto, o Poder Público não verificou ainda que se torna extremamente mais dispendioso garantir medicamentos pela via judicial, que estabelece prazos para cumprimento, que incluí-los no rol do SUS e fornecê-los amplamente.

Além dos medicamentos de necessidade geral da população, outro tema de tamanha relevância e envolto em grandes controvérsias gira em torno do fornecimento de medicamentos de alto custo.

Divergências doutrinárias e jurisprudenciais são vastas, até mesmo entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Os pontos mais discutidos envolvem justamente a natureza dos gastos com medicamentos extremamente onerosos. O seu impacto frente ao orçamento do ente estatal e o choque entre princípios que envolvem o caso.

Assim, veja-se alguns posicionamento jurisprudenciais, primeiramente o único posicionamento disponível para consulta no site do Tribunal Regional Federal da 5ª região⁹⁷:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. SUS. MEDICAMENTO IMPORTADO. FORNECIMENTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. VALOR EXORBITANTE.

⁹⁶ PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**. Brasília, 2010. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 21/07/2013.

⁹⁷ Brasil. Tribunal Regional Federal - 5ª Região. **Agravo de Instrumento nº 126122/RN**. Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta. Julgado em: 17/01/2013. DJE em: 25/01/2013 Disponível em:< <http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 22/07/2013.

AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO. RECURSO DESPROVIDO.

1 –ALDA MARIA KRELLING DE SOUSA interpõe agravo de instrumento contra decisão da 5ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, proferida na Ação Ordinária n.º 0003671-55.2012.4.05.8400, na qual restou indeferida a antecipação de tutela tendente a garantir à demandante o fornecimento do fármaco Soliris® (Eculizumab), para o tratamento de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID D59.5).

2 –O Pretório Excelso reconheceu a possibilidade de ser autorizada, em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado junto à ANVISA, quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde, nos termos da Lei 9.782/99 (STA n.º 175-AgR, Tribunal Pleno, Rel. Min Gilmar Mendes, DJe 30/04/2010).

3 –Notadamente quanto ao precedente paradigmático suscitado pela agravante, observa-se que o Presidente do STF, quando do julgamento da Suspensão de Segurança n.º 4.316, adotou o parecer fornecido pela ANVISA demonstrando que, segundo estudos científicos, o fármaco Soliris® (Eculizumab) seria o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna.

4 –Saliente-se, entretanto, que o citado precedente voltou-se a caso específico em que a parte demandante, segundo entendimento da Corte Suprema, efetivamente demonstrou ser portadora da Hemoglobinúria Paroxística Noturna, bem assim a necessidade de tratamento com a medicação Soliris® (Eculizumab), não havendo de se falar em efeito vinculante sobre outras lides.

5 – Na situação em análise, não há nos autos prova incontroversa para a configuração da verossimilhança do direito da recorrente atestando a existência da enfermidade, o estágio em que ela se encontra e a necessidade de realização de tratamento com a medicação requerida.

6 - De fato, há tão somente menção ao número de ampolas de Soliris® (Eculizumabe) que supostamente seriam necessárias para 12 (doze) meses de tratamento –com base em prescrição médica não colacionada aos autos no ato de sua interposição –e ao preço total do fornecimento, estipulado pela *Uno Healthcare Europe, Inc* em US\$ 484.840,00 (quatrocentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e quarenta dólares americanos).

7 – Para a verificação exata do estado de saúde da demandante, resta imprescindível uma dilação probatória na primeira instância, inclusive com perícia médica, pois tal se afigura impossível no rito sumaríssimo do agravo de instrumento. Agravo de instrumento desprovido. (TRF 5ª Região. AI nº 126122/RN. Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta. Julgado em: 17/01/2013. DJE em: 25/01/2013.)

O caso acima apresenta características peculiares principalmente pelos motivos que ocasionaram a sua decisão. Trata-se de um Agravo de Instrumento interposto pela autora da ação principal em virtude do indeferimento da tutela antecipada em que busca a percepção do medicamento Soliris. Eculizumab, popularmente conhecido como Soliris é utilizado como forma de tratamento em doentes acometidos de Hemoglobinúria Paroxística Noturna (CID D59.5), uma doença degenerativa das células sanguíneas, causando a destruição dos glóbulos vermelhos (hemólise), principalmente no período noturno.

A falta de tratamento pode, além de desencadear outras enfermidades, ocasionar a morte.

O medicamento não cura a doença; no entanto, aumenta a sobrevivência e a qualidade desta para os que fazem uso da terapêutica, que constantemente submetem-se à hemodiálise.

Para ter acesso ao fármaco faz-se necessário o desembolsar de quase R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por ano, além do fato de a droga só poder ser adquirida em países estrangeiros e não possuir nenhum registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

De acordo com a jurisprudência colacionada, alguns requisitos mínimos devem estar presentes para o deferimento do medicamento, a ser arcado por parte do ente público. Primeiro precisa haver comprovação de que o requerente é portador da Hemoglobinúria Paroxística Noturna, através de todo o aparato de laudos, exames e requisições que comprovem o alegado; em segundo lugar, haver a carência financeira do requerente frente ao valor do remédio a ser adquirido.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 126122/RN, o indeferimento do recurso não se deu em virtude da alegação do requerido de que o medicamento em questão não possuía registro na ANVISA, ou mesmo que o Sistema Único de Saúde possui tratamento alternativo para o caso. O voto da desembargadora levou em consideração a ausência de qualquer comprovação de que a requerente era portadora da doença alegada. Fator de extrema importância, pois se afirmou anteriormente no capítulo referente ao ativismo judicial, o magistrado deverá se revestir de toda a prova documental necessária que possa justificar a sua decisão e a prevalência de um princípio sobre os demais.

A título informativo, para o Tribunal Regional Federal há a possibilidade de aquisição de medicamentos, mesmo quando não registrados junto à ANVISA, em casos de excepcionalidade, quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde, nos termos da Lei 9.782/99⁹⁸.

Já em uma análise dos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do RN, verifica-se a unanimidade em conceder medicamentos de alto custo como o solíris.

⁹⁸ Brasil. Tribunal Regional Federal - 5ª Região. **Agravo de Instrumento nº 126122/RN**. Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta. Julgado em: 17/01/2013. DJE em: 25/01/2013. Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 22/07/2013.

Visível é o caráter reformador do Tribunal perante decisões de primeiro grau que indeferem a tutela jurisdicional neste sentido. Passa-se à análise⁹⁹:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO E SEM REGISTRO NA AVISA. CASO QUE SE ENQUADRA NA EXCEPCIONALIDADE SUGERIDA PELA RECOMENDAÇÃO Nº 31/2010 DO CNJ. JUÍZO DE CAUTELA. POSSIBILIDADE DE ÓBITO. DIREITO À VIDA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA QUE JUSTIFICAM A MEDIDA DE URGÊNCIA REQUESTADA. ART. 1º, INCISO III, E ART. 196, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FÁRMACO JÁ CONCEDIDO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA EM DEMANDA IDÊNTICA. REFORMA DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravado de Instrumento Com Suspensividade nº 2011.007086-7, da 3ª Câmara Cível do TJRN, rel. Des. Saraiva Sobrinho, DJ 15.08.2011).

De acordo com a jurisprudência acima colacionada, consonantes são as jurisprudências de ambos os tribunais. Buscam primariamente a proteção à vida e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana frente aos demais direitos. No referido caso, mais especialmente, pois o Judiciário afirma toda a plausibilidade dos argumentos orçamentários postos pelo ente estatal, entretanto, visto o caso grave da requerente, faz-se necessário o deferimento da tutela.

Importante salientar que a decisão foi agravada em virtude da negativa do Juiz de primeiro grau em conceder antecipadamente o fornecimento do fármaco de alto custo. Na verdade, primeiramente houve uma concessão da tutela antecipada que veio a ser revogada frente as razões apresentadas pelo ente estatal. No entanto, o Tribunal do Estado do RN, sobrepôs toda e qualquer questão orçamentária, até mesmo não seguindo a recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁰.

A respeito da referida recomendação do Conselho Nacional de Justiça¹⁰¹, por meio do Ministro Gilmar Mendes, passou-se a aconselhar Tribunais de Justiça dos Estados, bem como Tribunais Regionais Federais a celebrarem convênios, até o ano de 2010, que disponibilizem apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos

⁹⁹ Rio Grande do Norte. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Agravado de Instrumento nº 2011.000882-8**. 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Saraiva Sobrinho. DJE 15/08/2011. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>. Acesso em: 23/07/2013.

¹⁰⁰ Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 23/07/2013.

¹⁰¹ Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 23/07/2013.

para fins de auxiliar no julgamento de ações relativas à saúde; orientação aos magistrados que as ações deverão ser instruídas com relatórios médicos, descrição da doença, o CID com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; evite-se o fornecimento de medicamentos que não possuam registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ou em fase experimental, ressalvados os casos previstos em lei; ouçam os gestores antes da apreciação de medidas de urgência; que determine a inclusão do requerente em política pública existente quando houver a concessão de uma medida; que se provam visitas dos magistrados a conselhos, unidades de saúde e dispensário de medicamentos para fins de conhecimento práticos, entre outras diretrizes direcionadas à Escola de Magistratura.

Apesar de todas estas recomendações, o Tribunal do Estado vislumbra a pertinência do caso frente a violação do direito à saúde e o sobrepõe à previsão do fármaco junto à ANVISA, como também não realiza a consulta prévia ao gestor público para deferimento. Fato é que se deve analisar os fatores que levaram o juiz de primeiro grau a revogar a tutela antecipada, visto que dois magistrados distintos atuam na demanda.

O magistrado de primeiro grau, diferentemente da câmara cível no tribunal, não se preocupou, apenas, com o fato de a requerente ser portadora da doença, ou mesmo da premente necessidade de fazer uso do fármaco, associado ao fato de a mesma ser carente de recursos para arcar com o custo do tratamento. Ressaltou a ausência do medicamento no rol do Sistema Único de Saúde, mesmo na lista que dispõe a respeito dos medicamentos de alto custo. Como também, e principalmente, o impacto orçamentário que tal decisão ocasiona ao ente público.

Segundo o magistrado, Airton Pinheiro, em sentença ¹⁰² referente à jurisprudência acima, esclareceu que o valor do Solíris para atender somente a um paciente corresponde a um milhão de reais. O Estado do Rio Grande do Norte recebeu, a título de repasse do governo federal para gastos com medicamentos, o

¹⁰² Estado do Rio Grande do Norte. 5ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Norte. Processo nº **0023694-17.2010.8.20.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=B99944D850E1D5466FFF0C0B0AE06279.appsWeb1?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0023694-17.2010&foroNumeroUnificado=>>> Acesso em: 17/07/2013.

valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) no ano de 2011. Isto corresponde a um terço do orçamento do medicamento destinado a apenas uma pessoa, se apenas esta estiver pleiteando judicialmente a efetivação de medida como esta. Um terço do orçamento se encontra comprometido com apenas uma decisão judicial, que não foi previamente estipulada e pensada, desfalcando outras políticas públicas, anteriormente previstas, para fins de cumprimento de decisões judiciais. O magistrado alerta para esse caráter ilimitado dos direitos sociais, pois haverá um ponto em que a demanda judicial supere o disposto nos cofres públicos, inabilitando outros setores da política pública.

O Sistema Único de Saúde, buscando filtrar as demandas judiciais e os gastos decorrentes desse sistema, contempla, na Portaria nº 399/06-MS, em seu artigo 2º, o princípio da integralidade do SUS, informando requisitos necessários para identificar a necessidade e uma forma de filtrar as demandas que serão atendidas pelos Estados-Membros. Para tanto, o tratamento médico deverá ser iniciado e concluído pelo Sistema Único de Saúde; o médico deverá ser conveniado pelo Sistema Único de Saúde; o atendimento deverá ser realizado em uma unidade do Sistema Único de Saúde; o receituário médico deverá ser proveniente do Sistema Único de Saúde¹⁰³.

O Estado do Rio Grande do Norte possui como instrumento de efetivação de uma política pública da saúde a Unidade Central de Agentes Terapêuticos - UNICAT¹⁰⁴, a qual é Central de distribuição de medicamentos que visa abastecer o Estado do Rio Grande do Norte. A UNICAT conjuntamente com o Ministério da Saúde, é responsável pela distribuição dos medicamentos denominados de dispensação excepcional, ou seja, a distribuição de medicamentos de alto custo e de uso contínuo, que recebe a denominação técnica de Componente especializado da Assistência Farmacêutica. Estes medicamentos atendem doenças como asma, osteoporose, insuficiência renal crônica, além de substâncias especiais para uso de

¹⁰³ CHAGAS, Galileu Marinho das. **Medicamentos de Alto Custo, Decisões Judiciais e a responsabilidade dos Municípios.** Revista Direito e Liberdade. Vol. 8. Nº 1. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/24> Acesso em: 18/07/2013.

¹⁰⁴ SESAP. **Unidade Central de Agentes Terapêuticos.** Disponível em: http://saude.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/sesap/guia_saude/gerados/unicat.asp.> Acesso em: 23/07/2013.

peças que foram transplantadas e outras doenças que necessitem de tratamento mais especializado e economicamente menos acessível ao corpo populacional.

No entanto, ainda assim o problema relacionado ao fornecimento de medicamentos não é solucionado. Não em virtude da falta de verbas ou medicamentos. Por vezes, o problema tem seu berço desde a estipulação da política pública até a sua efetivação, na distribuição dos fármacos e no dinheiro gasto com os mesmos.

No ano de 2006 a Controladoria Geral da União¹⁰⁵ apurou irregularidades na aplicação de recursos federais destinados ao financiamento de medicamentos de alto custo para o Sistema Único de Saúde, que ocasionou um desfalque orçamentário para o ente federal de R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais), além do desperdício de remédios com data de validade vencidos, referente ao ano de 2004.

Na investigação, verificou-se que o número de remédios distribuídos é superior ao número de pessoas cadastradas no Sistema Único de Saúde. Ademais, o Estado do Rio Grande do Norte foi apontado por direcionar as licitações para a compra de medicamentos, através da identificação do nome do fármaco e não de seu princípio ativo, que a depender do laboratório que o fornece varia de nomenclatura. Além de casos de dispensa indevida de licitação e a falta de encaminhamento para o Ministério da saúde da programação anual de medicamentos.

No ano de 2009 ganhou notoriedade nacional o desperdício de toneladas de medicamentos que estavam sendo acondicionados em um galpão de propriedade da prefeitura do Natal¹⁰⁶, sem as mínimas condições sanitárias. Mais de um milhão e quinhentos mil medicamentos foram incinerados no momento em que o problema tornou-se notório. Medicamentos que estavam em falta em posto de saúde, que em virtude do prazo de validade vencido, altas temperaturas, falta de higiene e contato com animais e seus excrementos se tornaram totalmente impróprios. Dinheiro

¹⁰⁵ ZARAT, Paulo Henrique. **O Rombo Nos Medicamentos de Alto Custo**. 2006. Disponível em:< <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/0-rombo-nods-medicamentos-de-alto-custo/> >. Acesso em: 24/07/2013.

¹⁰⁶ BOM DIA BRASIL. **Remédios Estragam em Depósito da Prefeitura de Natal**. Disponível em:<<http://g1.globo.com/bomdiabrasil/0,,MUL1107527-16020,00-REMEDIOS+ESTRAGAM+EM+DEPOSITO+DA+PREFEITURA+DE+NATAL+RN.html>>. Acesso em:25/07/2013.

público em demasiado desperdício, sem fim útil, gerando a carência e a ausência de efetivação de direitos de todo um corpo social, que busca o Judiciário como solução.

Eis porque o problema do ativismo na saúde é muito mais abrangente que a atividade do Poder Judiciário, que busca implementar políticas que são desviadas de seu fim. Atualmente, tramitam nas cinco varas da Fazenda Pública Estadual em Natal 360 demandas requerendo medicamentos e/ou tratamento médico. No período compreendido entre 2007 a 2013, foram proferidos 143 acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e 102 acórdãos no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, apenas referente a medicamentos de alto custo.

Tendo em vista que cada demanda desta corresponde a um pedido individualizado de realização da política pública que deve funcionar para todo um contexto populacional, faz-se necessária uma visão crítica do ativismo, já que para o Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Notório é que a efetivação do direito à saúde garante a dignidade do ser humano, postulado basilar do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Entretanto, vislumbrar o ativismo judicial e a vida sem haver uma real necessidade de sopesamento de princípios e bem jurídicos pode vir a ferir tanto o sistema de poderes quanto o Estado Social, pois a superioridade do direito à vida sem exceções ocasionará um colapso econômico, em virtude da busca em demasia do Judiciário para a execução de políticas Públicas.

Ao Judiciário cabe a solução de situações geradas pelo Legislativo e Executivo. A raiz do ativismo não está no Judiciário. O ativismo já é a busca pela solução de ordenar todo um sistema constitucional, visto que o Juiz não poderá se eximir de conhecer lesão ou ameaça de lesão a direito.

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 50/PA**. Julgado em: 14/11/2005.

Contudo, quando a efetivação do direito à saúde envolve o tratamento do cidadão mediante terapêuticas experimentais¹⁰⁸ e/ou no exterior, vislumbra-se uma nova interpretação principiológica do caso. Nesse sentido,

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA (ELA). TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. CÉLULA-TRONCO. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE. RESERVA DO POSSÍVEL. TRATAMENTO EXPERIMENTAL. FALTA DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO. PERIGO DA DEMORA PREJUDICADO. RECURSO PROVIDO.

1 - Não cabe o custeio das despesas com tratamento experimental de saúde no exterior pelo SUS, sem a comprovação da eficácia do tratamento, sob pena de se comprometer a dotação de recursos financeiros necessários ao atendimento a outros cidadãos carentes de assistência médica. Aplicável a cláusula da reserva do possível, de todo pertinente quando se ingressa na área de experimentação científica desenvolvida no exterior, campo no qual os cientistas de primeiro mundo dão seus primeiros passos em busca de uma cura para determinada moléstia.

2 - No caso, o tratamento para a Esclerose Lateral Amiotrófica, através da técnica da utilização de células-tronco, encontra-se em suas fases experimentais iniciais. Ausência da verossimilhança do direito a impossibilitar a concessão de antecipação dos efeitos da tutela. Análise do perigo da demora prejudicado.

3 - Precedentes do STJ e demais tribunais regionais federais. Agravo de instrumento provido. (TRF5ª região. **AI nº 00185837120114050000**. Primeira turma. Julgado em 10/05/2012. Rel. Des. José Maria Lucena. DJE 17/05/2012.)

Na respeitável decisão acima, a câmara federal optou por sopesar princípios de acordo com a situação fática. Diferentemente quando a questão trata de medicamento, ainda que de alto custo, a dignidade da pessoa humana, imediatamente atrelada à vida, prevalecerá sobre qualquer outro bem jurídico.

O Judiciário, quando colocado frente a um tratamento de caráter experimental, normalmente de realização em país estrangeiro, opta por realizar o sopesamento. Isto porque, atenta-se para o fato de que a reserva do possível deverá ser um primado básico a nortear a interpretação jurisdicional, compreendendo-se que o tratamento no exterior firma-se extremamente dispendioso, vindo a afetar a concretização dos direitos sociais que possuem todo

¹⁰⁸Brasil. Tribunal Regional Federal - 5ª Região. Primeira turma. Rel. Des. José Maria Lucena. Julgado em 10/05/2012. DJE 17/05/2012 Disponível em: <<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 23/07/2013.

um caráter coletivo. Assim, ressalta-se que o deferimento de tratamentos experimentais poderão comprometer os recursos financeiros destinados à toda a população. Entretanto, o mesmo critério não é utilizado frente a tratamentos nacionais com medicamentos de alto custo, pois não há a utilização dos mesmos critérios na análise do caso concreto.

Ao deferir o medicamento de alto custo, o Poder Judiciário firmou jurisprudencialmente, tanto no âmbito federal quanto estadual, a supremacia do direito à vida em razão da concretização do primado básico da dignidade da pessoa humana. Desta feita, realiza um sopesamento de princípios de maneira mitigada, visto que já está diante de um princípio de natureza superior. No entanto, assim como o tratamento no exterior gera um dispêndio econômico, assim também o medicamento de alto custo onera da mesma maneira o Estado. Aliás, a maioria, para não se dizer a totalidade, dos medicamento deferidos de alto custo possuem natureza experimental, sem qualquer tipo de registro na ANVISA, e possuindo o seu grau de experimentalidade ou não a partir da alegação de uma das partes processuais ou mesmo de pesquisa do próprio magistrado. Ademais, o mesmo direito que se discute em ambos os casos é o direito à vida.

Insta salientar que quando se fala em interferência no orçamento e efetivação da política pública para o corpo social, o mesmo ocorre quando há o deferimento de medicamentos de alto custo a um único indivíduo. Passa-se a contemplar a saúde de maneira individual, apesar do direito social à saúde possuir o caráter generalizado, pois a proteção individual de cada ser foi contemplada primariamente pelos Direitos Fundamentais de segunda geração.

Isto posto, forçoso se faz perceber que a atuação do Judiciário alheia a critérios é totalmente maléfica ao sistema, deixando de ser uma alternativa e passando a assumir contornos de descaracterização do sistema posto, pois, na medida em que a proteção ao direito social à saúde se der de maneira ilimitada e individualista, a interferência em políticas públicas e de caráter orçamentário ocasionará um colapso no sistema vigente, que viverá em função da efetivação de tutela jurisdicional. Tal situação descaracterizará o fim máximo dos direitos sociais, dimensão que possui como alvo assegurar direitos à coletividade.

CONCLUSÃO

A conquista de direitos básicos e inerentes à vida condigna do ser humano levou tempo para se concretizar e principalmente se estabelecer no ordenamento jurídico dos entes Estatais. Os direitos de caráter fundamental, apesar de assim o serem, nem sempre foram vistos como de importância generalizada e necessária em um ordenamento jurídico. Somente com a nova concepção de bem estar social é que se voltam os olhares para o ser e a sua condição de existência.

Os direitos fundamentais evoluem conforme a mutação do ordenamento jurídico e as prioridades e anseios eleitos por um corpo social. Nesta medida, a depender do momento histórico, surgiram as três dimensões de direitos fundamentais. Consagrando primeiramente os direitos que tangem a individualidade do ser e a sua liberdade, deixa de contemplar, inicialmente, o corpo coletivo como um todo. Tardiamente, mas não menos importantes, os direitos de caráter coletivo são contemplados e classificados como integrantes de uma terceira geração de direitos fundamentais.

Insero nos direitos sociais encontra-se tutelado um direito necessário e de extrema importância para que se possa efetivar um dos fundamentos do Estado democrático de Direito, a saúde. Pois sem saúde, mitigada ou inexistente se torna a vida humana e sem vida não há dignidade a ser exercida pelo cidadão.

Desta maneira, pautado o Estado brasileiro na tripartição dos poderes proposta por Montesquieu assume o Estado três funções diferentes, permitindo a descentralização do poder assim como a sua desconcentração, cabendo ao Legislativo prever normativamente os direitos e fins sociais a serem contemplados; ao Executivo efetivar os direitos previstos normativamente; e ao Judiciário regular situações irregulares ou omissas frente à atividade dos outros dois poderes.

Neste contexto, cabe ao Executivo a efetivação, ou seja, a implementação e consecução dos direitos sociais frente à realidade fática. Através de políticas públicas criadas pelo próprio Executivo, este efetiva os comandos normativos criados pelo legislativo. Entretanto, os direitos sociais não mais apresentam caráter programático. Desta maneira, necessária e patente se torna a sua efetivação, não sendo motivo plausível a omissão do Poder Executivo frente a alegação de que se

necessita de norma complementar infraconstitucional para garantir a existência de tais direitos.

O direito à saúde, corolário máximo da dignidade humana, não pode ficar à espera do Poder Legislativo que, no momento em que achar conveniente, venha a proferir norma infraconstitucional que regule a aplicabilidade da política pública a ser instituída pelo Executivo. A saúde, como direito coletivo que é, não pode ficar à mercê da omissão dos demais Poderes Estatais para fins de se concretizar. A dignidade da pessoa humana encontra-se prevista constitucionalmente como fundamento do ordenamento jurídico vigente; desta feita, visando guardar e proteger a coletividade e o ordenamento jurídico, assume o Judiciário a postura de concretizar o comando constitucional, desde que provocado para tanto, através do direito de ação.

O Judiciário passa a intervir na concretização do direito à saúde frente à omissão ou irregularidade na efetivação da política pública que deveria ser implementada pelo Executivo. Entretanto, passa a analisar a questão de maneira individualizada, pois a maioria das demandas proposta não são coletivas, mas consideram o ser individualmente, na medida em que pleiteia o seu direito de ter acesso à saúde através de medicamentos, insumos tratamentos médicos.

Neste contexto, buscando a máxima efetividade dos dispositivos constitucionais, como os artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988, os magistrados brasileiros, nas mais diversas instâncias, buscam, através do arcabouço normativo, valorativo e principiológico do ordenamento jurídico brasileiro, a interpretação hermenêutica, necessária e capaz de tornar efetivo direitos sociais como o acesso à saúde.

O ativismo judicial é uma realidade no sistema judiciário brasileiro, o qual, frente a demandas individuais na busca da concretização de direitos essencialmente coletivos, passa a agir frente a omissão dos demais poderes. O ativismo, em si, não é a problemática existente no ordenamento, nem muito menos um perigo capaz de afrontar o modelo tripartido dos poderes. Isto porque, primeiramente, o ativismo existe porque o legislativo é omissivo na sua função de legislar e o Executivo não efetiva as políticas públicas que lhe cabem, e ao Judiciário, pautado no princípio constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional, atrelado à vedação do *non liquet* – o juiz não poderá eximir-se de julgar – não pode negar julgamento às demandas a ele submetidas.

Em segundo lugar, não há o que se falar sobre interferência de poderes, visto que no ordenamento brasileiro não se adotou a tripartição dos poderes de maneira pura, ou seja, a carta Magna estabeleceu funções atípicas a cada poder e estabeleceu a teoria dos freios e contra-pesos, a qual permite às funções se auto-regularem e fiscalizarem-se mútua e harmonicamente.

Desta maneira, deve-se atentar que o crescimento demasiado de ações frente ao Judiciário requerendo a efetivação e o acesso à saúde não decorre de uma deliberação do Judiciário. Entretanto, faz-se necessária uma análise criteriosa por parte dos magistrados no deferimento das tutelas jurisdicionais.

Isto porque, frente à infinidade de decisões proferidas, novos contornos surgem para o Executivo, principalmente no que se refere à efetivação das tutelas jurisdicionais. O magistrado, independente da instância em que atue, ao deferir o direito subjetivo à saúde à parte que o pleiteia, gera imediatamente um novo gasto imprevisto para o Ente público, tendo em vista não ser irrisório o número de ações que são deferidas todos os dias visando à realização de algum procedimento médico-cirúrgico ou a concessão de medicamentos. Desse modo, a ausência de critérios no agir do magistrado poderá vir a refletir nefastamente no atuar Executivo.

A situação torna-se ainda mais grave quando se trata de medicamentos de alto custo ou a concessão de tratamentos experimentais no exterior, pois o gasto com apenas um único indivíduo pode acabar por comprometer todo o orçamento do Estado destinado a atender a todo um corpo social. Assim, o deferimento de insumos médicos sem nenhum critério de razoabilidade ou proporcionalidade frente ao direito tutelado e o funcionamento orçamentário estatal, poderá ocasionar sérios danos econômicos ao ente público. O deferimento desarrazoado e a proteção ilimitada de direitos sociais poderá ocasionar a inversão do problema, vindo a inviabilizar políticas públicas pré-estabelecidas, além de retirar verba de um setor da sociedade e destiná-la ao cumprimento das decisões judiciais, negligenciando-se até as próprias políticas públicas destinadas à saúde.

Os direitos sociais visam contemplar o máximo de cidadãos possível, a sua função não visa atender a individualidades. A constituição elegeu a saúde para fins de concretizá-la frente a toda uma população. Enfocar a efetivação desses direitos através da provocação do Judiciário o descaracterizará. Isto porque, o Judiciário protegerá cada demanda individual, levada à sua apreciação e excluirá os que não buscarem a tutela jurisdicional.

Diante disto, deve o Judiciário analisar as demandas individuais sem esquecer dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade frente ao orçamento público do ente, realizando um verdadeiro sopesamento de princípios.

Ademais, cabe ao entes estatais, em contrapartida, o zelo pela máquina pública e os insumos dela decorrentes, atentando-se para a conservação, controle e distribuição de insumos e medicamentos, evitando desperdício e gasto de dinheiro público em demasia e sem finalidade. Além da inclusão de novos fármacos na lista do sistema único de saúde, garantindo a todos o acesso ao melhor tratamento, independente da guerra existente entre as grandes indústrias de medicamentos e o desejo do Estado em economizar ao máximo, sem atentar que acaba por ter um dispêndio econômico maior, quando os fármacos que poderiam constar no rol de medicamentos gratuitos a serem disponibilizados pelo Estado, passam a ser exigidos judicialmente.

A partir do momento em que o Legislativo deixar de ser omissivo e o Executivo passar a cumprir as suas funções de efetivador de políticas públicas, não mais se fará necessária a intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, se este último agir sem critérios de proporcionalidade frente ao caso concreto e não tiver crivo e análise concreta dos fins a que se destinam os direitos sociais, o ativismo judicial deixará de ser uma solução à manutenção dos poderes e passará a ser um usurpador de funções.

Assim, apesar de todo cidadão desejar o tratamento adequado para si e seus entes familiares, visto principalmente a sua carência de recursos financeiros, necessário se faz atentar que o direito social à saúde não possui, constitucionalmente, um caráter individualista, mas sim busca o interesse de toda uma coletividade, cabendo a todos os poderes a sua efetivação.

REFERÊNCIAS

Advocacia Geral da União. **Intervenção Judicial na saúde Pública**. Disponível em:< <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/arquivos/Panorama.pdf>>. Acesso em: 07/07/2013.

ARAÚJO, Ana Paula de. **PODER LEGISLATIVO**. Disponível em:< <http://www.infoescola.com/direito/poder-legislativo/>>. Acesso em: 23/06/2013.
ARAÚJO, Ana Paula de. **PODER LEGISLATIVO**. Disponível em:< <http://www.infoescola.com/direito/poder-legislativo/>>. Acesso em: 23/06/2013

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 41. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira apud S ILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática**. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 23/01/2013.

BOM DIA BRASIL. **Remédios Estragam em Depósito da Prefeitura de Natal**. Disponível em:<<http://g1.globo.com/bomdiabrasil/0,,MUL1107527-16020,00-REMEDIOS+ESTRAGAM+EM+DEPOSITO+DA+PREFEITURA+DE+NATAL+RN.html>>. Acesso em:25/07/2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. Malheiros: São Paulo: 2010.

BRASIL. **Código de Processo de Civil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 28/06/2013.

. **Emenda Constitucional nº 64 de 04 de fevereiro de 2010**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm>. Acesso em: 26/06/2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03/07/2013.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 03/07/2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em 26/06/2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari et al. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos Direitos Humanos. In: **Direitos Humanos e Políticas Públicas.** São Paulo: Polis, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva. 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CHAGAS, Galileu Marinho das. **Medicamentos de Alto Custo, Decisões Judiciais e a responsabilidade dos Municípios.** Revista Direito e Liberdade. Vol. 8. N° 1. Disponível em:<http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/24>. Acesso em: 18/07/2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. II. São Paulo: Bookseller 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO,

Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31/2010.** Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 23/07/2013.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos Da Teoria Geral Do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2003. 24. ed.

DENZ, Guilherme Frederico Hernandes. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz.** p. 8. Disponível em:< BuscaLegis.ccj.ufsc.br>. Acesso em: 01/07/2013.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais.** Disponível em:<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/ano/Joao Trindade Teoria Geral dos direitos fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/ano/Joao%20Trindade%20Teoria%20Geral%20dos%20direitos%20fundamentais.pdf)>. Acesso em: 25/06/2013.

GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. **Direito Processual Civil.** 2 ed. São Paulo: Saraiva: 2012.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. In: **Quando o Judiciário Ultrapassa Seus Limites Constitucionais e Institucionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito processual Civil**. 15. ed. Bahia: Jus Podivm. Vol.1. 2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense. Vol. 1. 2012

JUNIOR, Jair Soares. **O Princípio Da Efetividade Dos Direitos Fundamentais e a Legitimidade da Defensoria Pública para Propor Ações Coletivas**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19072/o-principio-da-maxima-efetividade-dos-direitos-fundamentais-e-a-legitimidade-da-defensoria-publica-para-propor-acoes-coletivas#ixzz2XnYwzUpm>>. Acesso em: 28/06/2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites Ao Ativismo Judicial À Luz Do Constitucionalismo Fraterno**. Disponível em: <http://www.academus.pro.br/mundojustica/artigomj_fraterno.pdf>. Acesso em: 03/07/2013.

MATOS, Marilene Carneiro. **Direitos e Garantias Fundamentais e Aplicabilidade Imediata**. E- Legis, n. 8. 1º semestre de 2012. p. 4 Disponível: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/9549/direitos_garantias_matos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26/06/2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Bahia: Jus Podivum, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Ministério do Planejamento. **Conceitos Sobre Orçamento**. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/layout/slices/faq.asp?sub=30>>. Acesso em: 04/07/2013.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Nova Cultural. 1999. Coleção Os Pensadores.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

O poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/o-brasil/estrutura/poder-judiciario>>. Acesso em: 23/06/2013.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **Orçamento Público e o Processo de Judicialização da Saúde**. Brasília, 2010. Disponível em:<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 21/07/2013.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**, Coimbra: Almedina, 1996.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Quando o Judiciário Ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O Caso da Saúde**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e reserve do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

SESAP. **Unidade Central de Agentes Terapêuticos**. Disponível em:<http://saude.rn.gov.br/contentproducao/aplicacao/sesap/quia_saude/gerados/unicat.asp>. Acesso em: 23/07/2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STJ. AgRg no REsp 1136549/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em: 08/06/2010. DJe 21/06/2010

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1.905-MC**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em: 19.11.98, DJ de 05.11.2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=11>>. Acesso em: 23/06/2013.

_____. **ADPF Nº 45 DF**. Disponível em:<http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 08/07/2013.

_____. **Suspensão de Tutela Antecipada nº 50/PA**. Julgado em: 14/11/2005.

TJRN. Agravo de Instrumento Com Suspensividade nº 2011.007086-7, da 3ª Câmara Cível do TJRN, rel. Des. Saraiva Sobrinho, DJ 15.08.2011 Disponível em:<<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=1&tpClasse=J>>. Acesso em: 23/07/2013.

_____. **Reexame Necessário nº 2013 001897- 3**. . 2ª Câmara Cível. Rel. Des. João Rouças. Julgado em 04/06/2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal. Vol 1**. São Paulo: Saraiva, 25ª ed., 2003.

TRF 5ª Região. AI nº **126122/RN**. Rel. Des. Cíntia Menezes Brunetta. Julgado em: 17/01/2013. DJE em: 25/01/2013. Disponível em:<<http://www.trf5.gov.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 22/07/2013

TRF5ª região. **AI nº 00185837120114050000**. Primeira turma. Julgado em 10/05/2012. Rel. Des. José Maria Lucena. DJE 17/05/2012

ZARAT, Paulo Henrique. **O Rombo Nos Medicamentos de Alto Custo**. 2006. Disponível em:< <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/0-rombo-nods-medicamentos-de-alto-custo/> >. Acesso em: 24/07/2013.