



Caderno Virtual N° 24, v. 1 - jul-dez/2011

## **DIREITO À SAÚDE:**

### **O PROBLEMA DA EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DA EXIGIBILIDADE JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS**

**Polyana Santana Moraes**

**2º lugar no 8º Concurso Brasiliense de Monografias Jurídicas**

#### **INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA**

O problema da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos subjetivos, ante a omissão legislativa, é um dos temas mais tormentosos da Teoria Constitucional atual e vem inquietando doutrina e jurisprudência. (HAGE, 1999:15-18)

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica no Brasil. Ela consagrou o Estado Constitucional Democrático de Direito e trouxe, como uma de suas principais inovações, a constitucionalização, como autênticos direitos fundamentais, de uma série de direitos antes relegados à ordem infraconstitucional.

Passados mais de 20 anos da promulgação da Carta de 1988, tem-se percebido que o problema do Estado por ela implantado não é tanto o de reconhecer e identificar direitos humanos, mas sim o de torná-los efetivos. As discussões que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais representam um dos principais desafios para o constitucionalismo e para a democracia atuais.

A saúde foi um dos direitos que, em 1988, alcançou o *status* de norma constitucional. O artigo 196 da Constituição declarou a saúde como sendo um



direito fundamental de todos e dever do Estado. O Estado brasileiro passou, pois, a ter o dever constitucional de realizar o direito à saúde por intermédio da formulação e implementação de políticas públicas.

Entretanto, não obstante essa norma de estatura constitucional que vincula o legislador e lhe impõe a obrigação de legislar, a concretização do direito à saúde não se encerra com o mero advento desta ou daquela lei. Pode acontecer – e frequentemente acontece – de o legislador incidir em omissão ou em insuficiência.

A eficácia dos direitos fundamentais, notadamente do direito à saúde, por sua vinculação com o direito à vida, não pode ficar à mercê das omissões, insuficiências e instabilidades das maiorias eventualmente no poder. Os direitos fundamentais são identificados e declarados por tratados e proclamações de âmbito internacional e incorporados pelas constituições nacionais. Por isso, sua previsão também em leis é importante, mas não imprescindível (MARRAMAQ, 2007).. Não a havendo feito o legislador ordinário, ou enquanto não a fizer, já existe um direito conferido pela Constituição.

Assim, à falta de legislação infraconstitucional específica ou completa, impõe-se a concretização desses direitos por meio das decisões judiciais, sob pena de afronta à Constituição. O Judiciário deve conceder provimento satisfativo de direito reconhecido em norma constitucional e cujo exercício esteja obstado por omissão legislativa.

A positivação do direito à saúde no texto constitucional deu ensejo à sociedade recorrer à tutela judicial para buscar a sua efetividade. O resultado foi o aumento de demandas judiciais e o surgimento da chamada judicialização da política da saúde, faceta de dois relevantes fenômenos modernos, a judicialização e o ativismo.



O delineamento da saúde tal como está na Constituição, somado ao contexto da saúde na realidade brasileira, fizeram com que fossem submetidas ao Poder Judiciário demandas inéditas. “A judicialização das políticas públicas encontrou nos serviços de saúde um campo fértil para seu desenvolvimento” (SANTANA, 2009:9). A constitucionalização da saúde como direito é recente e, portanto, sua judicialização é fenômeno atualíssimo.

Na seara da eficácia das normas constitucionais e da exigibilidade judicial dos direitos, em face da omissão do legislador, são vários os aspectos que merecem análise e questionamento.

Em suma, a monografia pretende investigar os obstáculos que se opõem à plena realização dos direitos contidos na Constituição, com enfoque no direito social à saúde, e como ocorre a intervenção das cortes nessa matéria, tema ainda bastante controvertido. Apesar da crescente aceitação e dos elogios que vem recebendo, essa intervenção ainda padece com severas críticas e, não raro, é tratada como uma anomalia.

Não seria exagero afirmar que a judicialização é um dos temas mais importantes e centrais do constitucionalismo atual, representando um dos principais desafios ao Estado Social de Direito brasileiro.

Considerando, então, as críticas, os elogios e os desafios enfrentados pelo fenômeno da judicialização da saúde, a monografia será estruturada em três capítulos.

O primeiro estudará o contexto em que surgiu o direito à saúde e por que a pesquisa foi delineada em torno dele, e, especialmente, como se efetiva (ou deveria se efetivar). O segundo capítulo tentará demonstrar, com fulcro no pensamento de Ronald Dworkin, que a transferência de (algumas) decisões políticas para os tribunais acaba por promover a democracia e proteger os direitos humanos, embora tal transferência sempre implique riscos. O terceiro capítulo, por fim, examinará a concretização do direito à saúde tanto por meio



de políticas públicas quanto por decisões judiciais, abordando, dentre outros aspectos, a chamada Reserva do Possível.

## **2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

A Constituição Federal Brasileira de 1988, como dito, consagrou a saúde como um direito fundamental e também o Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o direito à saúde deve ser entendido a partir desse paradigma de Estado Constitucional.

Entretanto, pelo fato desse direito ter surgido num outro contexto - o do Estado Social de Direito -, seu tratamento padece com o modo de pensar desse paradigma, que ainda persiste. Até hoje teorias jurídicas criadas como respostas para a crise do Estado Social se revelam como bloqueios persistentes à eficácia dos direitos sociais. Por essa razão, faz-se necessária breve incursão teórica a fim de identificar a conjuntura em que surgiu esse direito.

O delineamento da primeira dimensão dos direitos fundamentais coincide com a fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente, sendo que o primeiro paradigma que se identifica na experiência moderna é o do Estado Liberal de Direito.

Os direitos previstos nesse constitucionalismo clássico (século XVIII), produto do pensamento liberal - burguês de então, são os direitos da liberdade, que têm por titular o indivíduo e assumem a perspectiva de verdadeira oposição ou resistência ao arbítrio estatal. São, assim, conhecidos como direitos de defesa, que demarcam nítida zona de não-intervenção (abstenção) por parte do Estado (SARLET, 2003:51-52; BONAVIDES, 2000:517; PAIXÃO, 2003:19).

A partir da segunda metade do século XIX, diante dos impactos da industrialização e dos graves problemas sociais e econômicos a ela



relacionados, surgem doutrinas e filosofias de cunho socialista e antiliberal. Ficou nítido que a consagração meramente formal da liberdade e da igualdade não gerava, na prática, a garantia do seu efetivo gozo e a tão almejada justiça social. Para tanto, mister se fazia o reconhecimento de novos direitos que atribuíssem ao Estado o dever de realizar a justiça social. A liberdade, agora, seria realizada por intermédio do Estado (SARLET, 2003:52).

É a partir do segundo pós-guerra que os novos direitos de segunda dimensão passaram a ser definitivamente consagrados nas Constituições (LOPES, 2010:17) e em diversos pactos internacionais. Surgia, assim, novo paradigma de Estado de Direito, o Estado Social (SARLET, 2003:53).<sup>1</sup>

Os chamados direitos de segunda dimensão outorgam aos indivíduos liberdades materiais concretas e estão intimamente relacionados ao princípio da igualdade. São direitos de cunho social, que pretendem concretizar a justiça social (SARLET, 2003:52-53; BONAVIDES, 2000:518; TORRES, 2003:24).

A segunda dimensão de direitos distingui-se das demais por seu aspecto prestacional, que remete ao Poder Público o dever de atuar positivamente a fim de promover a inclusão, a compensação e a igualdade social (PAIXÃO, 2003:23).

O declínio do Estado Social tem início no final da década de 1970 (TORRES, 2003:24), mas ainda hoje é tema central na teoria política contemporânea (PAIXÃO, 2003:25). Sem dúvida, a eficácia dos direitos fundamentais sociais têm relação direta com o colapso desse paradigma.

O acréscimo no número de demandas de compensação e inclusão passadas para a competência do Estado e a crença ingênua na inesgotabilidade dos recursos públicos desencadearam o indesejado e

---

<sup>1</sup>. No Brasil, o Estado Social foi implantado com a Constituição de 1934, de inspiração alemã.



excessivo paternalismo socioestatal do endividamento público, da impossibilidade de atendimento das demandas e do crescimento de órgãos estatais. Lento, burocrático e ineficiente, o aparato técnico – administrativo público, dotado de inúmeras atribuições e cada vez mais especializado, entrou em colapso (TORRES, 2003:24 e PAIXÃO, 2003:23-25).

Essa crise viabilizou a construção de um novo paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito – ainda em fase de consagração -, e, junto com ele e por causa dele, diante da complexidade das relações sociais, o surgimento de uma nova dimensão dos direitos fundamentais. Os consagrados pólos jurídicos de alforria do homem da liberdade e da igualdade foram revistos e redimensionados, e a eles novos pólos foram acrescentados: a fraternidade e a solidariedade. Os direitos fundamentais de terceira dimensão dispensam atenção à tutela do meio ambiente, da paz, da comunicação, do direito do consumidor, dentre outros (PAIXÃO, 2003:25-29; BONAVIDES, 2000: 522-523 e SARLET, 2003:53-55).

Esboçado, em rápidas linhas, o panorama teórico enfrentado pelos direitos fundamentais, identificou-se o contexto de surgimento do direito social à saúde. Frise-se que a idéia é entender as razões pelas quais o direito à saúde ainda é, diversas vezes, tratado como se de segunda dimensão fosse e qual a repercussão desse tratamento. O Estado Social definia os direitos burocraticamente, sem oportunidade de participação e contestação da sociedade, o que comprometia a democracia. Esse modo próprio e peculiar de pensar e tratar os direitos, ainda hoje, teima em persistir. A pesquisa pretende, pois, enfrentar o problema de tratar o direito à saúde a partir do modo de pensar típico do Estado Social, e não do Estado Democrático, como deveria ser.

Comentou-se as razões pelas quais a eficácia dos direitos fundamentais de segunda dimensão foi colocada em dúvida. Segundo o paradigma do Estado Social, os direitos, pela própria natureza, exigiam



prestações materiais positivas por parte do Estado. Em virtude desse modo de pensar, a efetividade dos direitos parecia estar condicionada à limitação de meios e recursos.

Atravessando, pois, uma crise de observância e execução, os direitos sociais acabaram sendo remetidos à chamada esfera programática. A solução encontrada foi considerar os direitos sociais como direitos de aplicabilidade mediata (BONAVIDES, 2000:518-519).

André Rufino do Vale (2004) esclarece, no ponto, que defender um direito como sendo sempre de eficácia mediata ou indireta (*mittelbare Drittwirkung*) implica dizer que a ação do legislador é indispensável, de forma tal que as normas constitucionais não conduzem, por si só, à observância de direitos. De acordo com esse entendimento, a densificação dos valores contidos nas normas constitucionais é dever do legislador, por meio de lei, isto é, ou há a mediação de lei ou não há proteção aos direitos fundamentais, ditos derivados (VALE, 2004:141-142).

Segundo Vale, é de se constatar que a atividade que concretiza o conteúdo dos direitos fundamentais não é exaustiva. “O legislador, por mais que queira, não poderá contemplar todas as situações nem todos os conflitos possíveis, restando lacunas inevitáveis, que deixam desprotegidos certos direitos (...)” (VALE, 2004:143-144).

Entender, pois, um direito como tendo eficácia sempre indireta e condicionar seu conteúdo e alcance à prévia intermediação legislativa pode levar à configuração – e freqüentemente o faz – da gritante situação de perigo em que o titular de um direito não tem como exercê-lo por mera ausência ou insuficiência legal. Mas um Estado Democrático de Direito, como o Estado Brasileiro, não pode coadunar com situações tal como a descrita. Questiona-se, então, e aqui está o cerne da presente monografia, como se dá a eficácia dos direitos sociais na ausência ou insuficiência de lei.



O problema da eficácia jurídica dos direitos fundamentais é um desafio no Estado Democrático. Os direitos sociais, desde a comentada dimensão social do Estado e da Constituição, vêm apresentando desafios à teoria jurídica em face da expectativa, não realizada, de que as normas jurídicas correspondentes se tornem efetivas.

Como visto, são numerosos os direitos que surgiram na segunda dimensão de direitos fundamentais. Por isso, para melhor detalhe e aprofundamento, optou-se por ter como enfoque da presente pesquisa o direito fundamental social à saúde.

O estudo da saúde representa tema atualíssimo e de grande amplitude, com absoluta relevância para todos. Toda sociedade é, em certa medida, afetada pelas decisões que buscam a efetividade da saúde. O direito à saúde demanda atuação complexa e conjugada por parte dos poderes constituídos e, por isso mesmo, não tem seu problema de concretização encerrado por esta ou aquela atividade do legislador. “As discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios a eficácia jurídica dos direitos fundamentais”.<sup>2</sup>

Como mencionado, o problema central do Estado Democrático de Direito Brasileiro não é tanto o reconhecimento e declaração de direitos, mas sim a efetividade deles. E não há dúvida que, desde o advento da Constituição de 1988, a saúde é um direito fundamental de todos e dever do Estado. Superada, pois, a fase do seu reconhecimento, a problemática está na sua eficácia.

---

<sup>2</sup> Sessão de abertura da Audiência Pública de número 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 27.04.2009 e proferida pelo seu então presidente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).



Observar criticamente o direito fundamental à saúde permite incursões, igualmente críticas, sobre temas centrais para o constitucionalismo, quais sejam, intervenção judicial e democracia. Assim, por todas essas razões, e pela constatação do aumento da expectativa de vida, da expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, escolheu-se delimitar o presente estudo em torno do direito à saúde.

Como dito, “a Constituição da República Federativa do Brasil (...) declarou a saúde um direito fundamental a realizar-se pelo Estado por intermédio da adoção de políticas públicas”. O Estado brasileiro tem, pois, o dever constitucional de formular e implementar políticas públicas voltadas para os cuidados com a saúde.

As políticas públicas destinam-se a garantir os direitos sob a perspectiva coletiva e distributiva. O gestor público, considerando as diretrizes constitucionais, tem a escolha sobre a melhor oferta dos direitos e, a partir de um orçamento limitado e distribuído após um árduo planejamento, tem em vista as necessidades de toda a população (DELDUQUE; MARQUES, 2009:122-123). “O governo toma decisões relativas à produção, à distribuição, à posse de bens e ao uso que as pessoas estão autorizadas a fazer de seus bens” (DWORKIN, 2007:356.).

Cada governo tem suas próprias estratégias e, assim, pode, sob determinado aspecto e segundo o que entender melhor, buscar o interesse da coletividade mediante diferentes avaliações e técnicas. A depender da avaliação e/ou técnica selecionada, chega-se a uma distribuição diferente dos recursos públicos disponíveis para cada cidadão. Não há que se falar que os cidadãos tenham direito à seleção desse ou daquele programa político, pois essa é uma escolha eminentemente política (DWORKIN, 2007:373). Frise-se, contudo, que tais escolhas não são de todo discricionárias, antes devem seguir as diretrizes e os mandamentos constitucionais. É a lógica típica de um regime democrático, no qual, qualquer que seja o grupo político no poder – de



alternância periódica –, as políticas públicas são temas reservados à deliberação governamental (LOPES, 2010:50).

Pois bem. Idealmente, a estrutura política é imparcial, e os governos atuam por meio de um processo equitativo de justa distribuição de recursos e oportunidades (DWORKIN, 2007:199-200). Na prática, entretanto, não raro, os governos são arbitrários, passando a tratar casos similares de maneira diferentes. As decisões arbitrárias são de todo rejeitadas e consideradas decisões políticas injustas. Nessas decisões, ao contrário daquelas que, de forma equânime, fazem justa distribuição de recursos e oportunidades, sempre está em jogo questões de princípio (DWORKIN, 2007:217).

Trazer essa discussão dworkiana para a seara do Direito Sanitário significa constatar que todos os entes políticos têm, pois, o poder-dever de legislar em matéria de Direito Sanitário e que a descentralização do Sistema Único de Saúde - SUS, determinada pela Constituição de 1988, permite que a questão da saúde seja decidida por cada ente político de modo diferente. Essa descentralização compreende a criação de vários centros decisórios para tomada de decisões e condução de serviços e políticas. Mas essa (relativa) autonomia não pode significar, de modo algum, comprometimento de princípios, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, de relação imbricada com o direito à saúde (MEDEIROS, 2008:321-322).

A pesquisa defende, pois, justamente esse ideal de atuação estatal de acordo com os princípios apresentado por DWORKIN de tal sorte que as referidas escolhas por parte da Administração Pública sobre gastos, escolhas e prioridades não são de todo livres, mas, ao contrário, recebem importantes e necessárias incidências de normas constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário (LOPES, 2010:49-50.).

Pois bem. Não obstante as normas constitucionais que vinculam o legislador e lhe impõem a obrigação de legislar, lembre-se que pode



acontecer – e freqüentemente acontece – de o legislador incidir em omissão ou em insuficiência. Mas isso não significa, de modo algum, que a existência desses direitos fique dependente de intermediação de lei. Os direitos fundamentais, e assim também o direito à saúde, existem antes de as leis e as políticas sociais os garantirem (LOPES, 2010:51).

Por essa razão, na falta ou na incompletude de legislação infraconstitucional específica, se impõe a concretização dos direitos fundamentais via judicial.

Mas a questão não é tão simples como pode parecer à primeira vista. Muito pelo contrário, esse posicionamento é bastante controvertido, suscita dúvidas e vem sendo alvo de críticas e elogios. Como os juízes agem nesses casos de ausência de lei?

O texto da Constituição não raro é acusado de ser vago e superficial quando da criação dos direitos sociais. Por esse viés, a exata configuração desses direitos exigiria intervenção legislativa concretizadora por parte das maiorias eventual e episodicamente no poder (LOPES, 2010:51). Nesta acepção, as normas constitucionais que prevêm direitos fundamentais se prestariam tão somente a definir programas de ação adotados pelo Estado e remetidos como direção política administrativa aos seus órgãos legislativos. A Constituição seria mera diretiva de atuações futuras (BONAVIDES, Paulo *apud* LOPES, 2010:71).

Contudo, em DWORKIN, percebe-se que tais idéias são um resquício do modo de pensar do paradigma do Estado Social e, falaciosas, conduzem o intérprete ao erro (DWORKIN, 2007:230).

O entendimento dos que defendem uma eficácia sempre indireta dos direitos fundamentais, sem qualquer hipótese excepcional, acabaria por prever situações em que certos direitos restariam desprotegidos. No entanto, o Estado de Direito Social Democrático implantado no Brasil não pode coadunar com



essa teoria. Na hipótese excepcional de ausência ou insuficiência de regulação normativa, deve ser exigida uma eficácia direta dos preceitos constitucionais (VALE, 2004:144).

De acordo com a tese da eficácia imediata ou direta (*unmittelbare Drittwirkung*), os direitos fundamentais são normas que, por si sós, contém valores e, portanto, nas referidas situações excepcionais, devem ser aplicadas imediatamente. O cidadão tem a faculdade de invocá-los do próprio texto constitucional (VALE, 2004:148-150).

Ou o direito está conferido, criado, instituído, deferido, pela Constituição, ou não está. A Constituição não confere direitos sem conteúdo. Nem podem os direitos que ela defere ficar na dependência do legislador ordinário (...) Quando se está diante de um direito fundamental social, conferido pela Constituição, pouco importa se, no mesmo dispositivo do texto, houve determinação ao legislador no sentido de que regulamentasse o exercício de tal direito. **Uma coisa é criar e conferir o direito a alguém; outra, posterior e autônoma, é regulamentar as formas de exercício desse direito (já conferido).** (...) Se, todavia, o legislador não cumpre a determinação constitucional, e o direito permanece sem regulamentação, não deixa ele, por isso, de ser “direito”, e como direito (subjeto) que é, não pode deixar de ser exigível judicialmente. (HAGE, 1999:52-53 (destaques no original).

Essas duas teorias, a da eficácia mediata e a da eficácia imediata, têm aplicação quando se está a tratar do direito à saúde. E considerar esse direito como de eficácia imediata significa dar ao seu titular a faculdade de exigir em juízo bens e serviços de saúde com fundamento direto na Constituição, independentemente de qualquer concretização ou intermediação legal. Deduz-se que hoje são os juízes os (também) responsáveis pela proteção do direito à saúde.

Em nosso país, a ênfase presente na grande maioria das decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm, sim, aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e a fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se



compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.( CIARLINI, 2008:34)

O próximo passo da monografia será, então, investigar como os juízes agem quando da concretização do direito à saúde na falta de lei específica ou na limitação da lei existente. Nesses casos, os juízes tomam decisões verdadeiramente políticas? Essas decisões violam a democracia e o princípio da separação dos poderes?

## **2. DIREITO, POLÍTICA, LEGITIMIDADE E DEMOCRACIA**

A crescente atuação do Judiciário no sistema de poder, registrado em vários países ocidentais contemporâneos, tem como um de seus aspectos centrais o comportamento batizado de judicialização da política, isto é, a dimensão política do papel dos juízes no sistema político (TEIXEIRA, 2001:31 e 33 e BARROSO, 2009/B:34).

Os tribunais, cada vez mais, estão sendo demandados a decidirem questões mal resolvidas ou não resolvidas na arena política, fazendo com que um conflito passe, facilmente, da esfera política para a esfera judicial (TEIXEIRA, 2001:44-49)

No que se refere especificamente à realidade brasileira, onde comportamentos típicos de prática judicializada foram identificados só a partir da vigência da Constituição de 1988 (TEIXEIRA, 2001:33), estudo desenvolvido por Luis Roberto BARROSO aponta as causas desse protagonismo judicial e suas repercussões para o país. As causas seriam a redemocratização enfrentada pelo Brasil, a chamada constitucionalização abrangente e o sistema de controle de constitucionalidade adotado. O fenômeno, que consolida e aprofunda um processo que tem inovado a democracia brasileira, tem como repercussões a questão dos riscos para a legitimidade democrática, da indevida politização da Justiça e dos limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2009/B:34-37.)



Com relação à constitucionalização abrangente, diz-se que “a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador” (BARROSO, 2009/B:34-35) no sentido de trazer para si inúmeros temas que antes dela ficavam à margem de qualquer regulamentação jurídica ou limitados à legislação ordinária.

Quando alguma matéria é elevada ao patamar de norma constitucional, ela se transforma em uma pretensão jurídica a ser exercida perante o Judiciário. Os juízes passam a se deparar com matéria de política pública, que não estaria no seu campo de atuação caso não tivesse sido constitucionalizada. Constitucionalizar uma questão significa transformar Política em Direito (BARROSO, 2009/B:34)

O fato de a Carta de 1988 ter positivado a saúde como direito fundamental de todos e dever do Estado permite ao cidadão demandar sua concretização perante o Judiciário. O titular desse direito não só pode como deve demandá-lo via judicial em caso de ineficiência das instituições majoritárias em materializar política pública voltada para proteção e implementação da saúde. A partir daí, duas hipóteses podem ser configuradas, a judicialização ou o ativismo.

A judicialização significa que algumas questões de repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Legislativo e o Executivo. A judicialização decorre do modelo constitucional adotado e não de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica dos magistrados. Ela não é consequência da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. Os magistrados não exercem deliberada vontade política, mas apenas cumprem o seu papel constitucional. O ativismo judicial, ao contrário, é uma atitude, uma escolha de um modo específico de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Por esse modo proativo e expansivo, o juiz aplica diretamente a Constituição a situações não contempladas expressamente em seu texto e independente de manifestação



do legislador ordinário. O Judiciário age sem qualquer amparo de regra constitucional ou infraconstitucional.( BARROSO, 2009/B:35-36. )

Essas considerações são necessárias, pois, até o momento, defendeu-se que aos juízes incumbe atuar em caso de omissão/insuficiência de políticas públicas. Entretanto, nessas hipóteses, os magistrados não estão de todo livres para formularem decisões verdadeiramente políticas, sem amparo nas Constituição ou nas políticas já existentes.

A tradicional cisão entre o domínio da Política e do Direito, ainda hoje, deve ser considerada como essencial para o Estado constitucional democrático (BARROSO, 2009/A). Cada sistema atua com valores, lógicas, técnicas e linguagens próprios. No sistema político, o valor é a representatividade, a lógica é o sufrágio, o procedimento, o da maioria, e a linguagem, voltada para a legitimidade. O sistema jurídico, por seu turno, tem como valor básico a segurança jurídica, como lógica, a legalidade e é expresso por um procedimento formal em linguagem que pode ser traduzida no binômio dado A deve ser B. “Os elementos próprios de cada sistema não podem sofrer superposição de lógicas, confusão de procedimentos, poluição de linguagem ou corrupção de valores” (CALMON, 2001:81-82)

(...) não pode o Judiciário exercer o seu mister tomando como valor a eficiência de recursos, porque o seu valor básico é a segurança jurídica ou a coerência sistêmica, logicizada pela legalidade. Todas as vezes que a Justiça incorpora elementos estranhos à sua lógica – legalidade -, temos um esvaziamento das garantias, dos direitos fundamentais e da liberdade e o sistema jurídico entra em crise (CALMON, 2001:82)

O Judiciário tem avançado sobre demandas (políticas) que talvez devessem ser solucionadas através da atividade do Executivo e/ou Legislativo (GALLO, 2009:1.), isto é, ele vem intervindo diretamente no espaço tradicionalmente reservado aos demais poderes, e, assim, “assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo (...)”(APPIO, 2010:65-66). E essa judicialização da política promove a democracia, a justiça



e a proteção dos direitos fundamentais. Mas essa afirmação não pode, de forma alguma, significar a defesa de que juízes formulem políticas públicas, à revelia das leis e da própria Constituição. Aliás, eles nem possuem vocação para tanto.

Na verdade, o que se pretende é demonstrar que, ante a omissão legislativa na formulação de políticas públicas a deixar direito fundamental desprotegido, os juízes devem viabilizar o exercício de direitos, mas não por meio da formulação deliberada de vontade política. Os magistrados, na judicialização, frise-se, apenas se limitam a cumprir o seu papel constitucional.

A defesa da judicialização do que é político, em momento algum pode traduzir a sobreposição dessas duas searas (CAMPILONGO, 2000:84). A judicialização em prol da eficácia dos direitos fundamentais diz respeito tão somente a uma atuação judicial em meio a um déficit da atuação política. Mas, essa atuação continuará a se pautar pelos valores, lógicas, procedimentos e linguagens jurídicos, sem sobreposição ou confusão de sistemas.

Nesse momento da pesquisa, convém iniciar as discussões em torno dos chamados “juízes políticos” dworkianos (DWORKIN, 2000:3-39). A importância de Dworkin para o presente trabalho encontra-se na abordagem que busca compreender, a partir do esgotamento da força explicativa das teorias positivistas, o papel dos princípios na argumentação jurídica contemporânea e na fundamentação da democracia (ROGRIGUES, 2008:6.).

Segundo o professor norte-americano, o positivismo só enxerga regras no sistema jurídico, resultando, pois, num quadro incompleto e insuficiente do Direito, eis que deixa de fora os princípios e as diretrizes. A teoria dworkiana



está assentada na distinção entre normas (*rectius*, “regras”), princípios jurídicos (*principles*) e diretrizes políticas (*policies*) (HAGE, 1999:32-33).<sup>3</sup>

Dworkin tem estudo detalhado acerca de como se dá a prática judicial nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, se os juízes desses países tomam decisões políticas – isto é, não baseadas nos *principles* – e se deveria (ou não) fazê-lo. Esse estudo, com as devidas adaptações, pode ser aplicado no Brasil, onde os juízes não são eleitos (DWORKIN, 2000:17.).

Essa discussão gira em torno daqueles casos ditos controversos (*hard cases*), isto é, casos que não podem ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara (RODRIGUES, 2008:17). Dworkin entende que o parlamento não decide determinada questão, dando ensejo ao surgimento de casos controversos, porque simplesmente não percebe que determinada decisão será necessária (DWORKIN, 2000:10-14). E o campo do Direito Sanitário é propício quando se está a tratar de deliberação judicial em casos difíceis porque as normas existentes, não raro, são por demais vagas, confusas, obscuras e contraditórias.

Para esse autor, diante de um caso cuja solução não seja clara na legislação, os juízes possuem duas opções, a depender da concepção do Estado em que se encontram, pois é essa concepção que dita o ideal de postura da prestação jurisdicional (DWORKIN, 2000:10.).

Por umas das alternativas, os juízes devem descobrir o que realmente está no texto jurídico, não podendo decidir com base em seus próprios julgamentos políticos (*policies*). Essa é a alternativa apresentada por uma

---

<sup>3</sup>. As diretrizes políticas referem-se aos objetivos de uma sociedade como um todo, definidos para serem perseguidos porque considerados benéficos para o conjunto da população ou para sua maioria. Já os princípios jurídicos relacionam-se com as idéias de justiça e de igualdade e informam e orientam também a aplicação das regras. HAGE, 1999:33-34.



concepção do Estado centrada no repertório legal. O poder e a responsabilidade de decidir devem ser atribuídos a uma instituição política, razão porque o juiz, não sendo eleito, “estará tentando, de boa fé, seguir o ideal do Estado de Direito segundo o livro de regras porque estará tentando, de boa fé, descobrir o que as palavras no texto legal realmente significam”. A outra alternativa, mais complexa e ambiciosa, tem o ideal de prestação jurisdicional centrado nos direitos. Por essa concepção, diante de um caso sobre o qual o arcabouço jurídico nada diz, ou se suas palavras estão sujeitas a interpretações conflitantes (caso controverso), a postura do magistrado deve ser aquela que melhor se ajusta aos direitos das partes. A legislação, também nessa segunda concepção, continua a exercer influência, pois, a fim de impor os direitos das partes, o juiz estrutura princípio; princípio esse que deve ser compatível com o conjunto de normas jurídicas existentes (DWORKIN, 2000:15-16).

Até aqui, claro está que os juízes devem intervir quando instados a concretizarem direitos cujo exercício está impedido pela inércia dos Poderes competentes em fazer políticas públicas ou, ainda, para corrigir as existentes. Entretanto, a questão não está de todo pacificada; pelo contrário, padece com inúmeras construções teóricas, jurídicas ou não, que se mostram como obstáculos à realização da Constituição e dos direitos. As objeções à judicialização da política identificadas por Barroso foram citadas anteriormente (BARROSO, 2009/B:10. ) e merecem sérias considerações.

Como visto, a Política e o Direito fazem parte, cada qual, de universos diversos, cada um com peculiaridades próprias. Essa divisão de funções, em política e jurídica, não é meramente aleatória e discricionária, mas tem sua razão de ser e está relacionada ao que a doutrina denomina de *capacidade institucional*. “*Capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria” (BARROSO, 2009/B:38-39).



O exercício de parte do poder é reservado, na maioria dos Estados Democráticos, a agentes públicos não recrutados via eleitoral e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. Os magistrados não têm vontade política própria e tão somente aplicam o disposto na Constituição e nas leis. Eles realizam a microjustiça, na medida em que possuem visão circunstanciada dos problemas, estando aptos a decidirem apenas em casos concretos. E é assim que deve ser. Há, entretanto, problemas cuja solução requer visão global da realidade. São temas cujas decisões revelam abrangente impacto. Problemas desse viés não têm nos juízes os agentes mais habilitados para resolvê-los, pois, como dito, a visão do juiz é limitada. Em situações que exigem conhecimento de uma realidade ampla, devem ser privilegiadas as manifestações dos poderes ditos políticos. Por isso, o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir no que é político. O juiz deve avaliar sua própria *capacidade institucional* e verificar quando pode e deve exercer poder e, quando, até pode, mas não deve exercê-lo, numa auto-limitação espontânea (BARROSO, 2009/B:37-39).

Por essas razões, o juiz não tem habilidade para interferir em alguns assuntos e sua decisão será acusada de ilegítima, caso interfira. Não sendo os juízes brasileiros agentes públicos eleitos, questiona-se de onde viria sua legitimidade na tomada de decisões de cunho político. Eles não teriam capacidade/habilidade para tanto.

Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. **A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade majoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? (BARROSO, 2009/B:37 (sem destaques no original).**



No caso de existir direito fundamental sendo vulnerado em clara afronta à Constituição, essas considerações acerca da *capacidade institucional* e da legitimidade podem ser desconsideradas. E existem boas justificativas para tanto.

Ronald Dworkin tem como preocupação central a descrição do papel que o Direito desempenha para a construção de uma democracia que evolui com a preservação dos direitos fundamentais e, assim, busca no processo de decisão política dos juízes, elementos de manutenção e preservação dos princípios da democracia (APPIO, 2003:83).<sup>4</sup> Posto isso, impõe-se que tanto a problemática dos riscos para a legitimidade democrática quanto a dos limites da capacidade institucional do juiz sejam superadas em prol da judicialização de algumas questões políticas que se preste a proteger direitos fundamentais e a preservar a democracia.

O Estado Democrático de Direito, tal como o consagrado no Brasil, significa o acoplamento de duas idéias que não se confundem: constitucionalismo e democracia. A democracia remete à idéia de poder fundado na vontade da maioria, mas com respeito aos direitos das minorias. Já o constitucionalismo remete à noção de Estado de Direito como expressão da razão, de poder limitado e de respeito aos direitos. “Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes” (BARROSO, 2009/B:37).

---

<sup>4</sup> Tratando especificamente da judicialização da política na seara do Direito Sanitário, Sueli Gandolfi DALLARI destaca que a importância do tema consiste em fazer ciência que seja útil à sociedade, que tenha algum reflexo social e que ajude a resolver problemas. Palestra proferida na mesa de abertura do III Encontro Nacional de Direito Sanitário, cujo tema foi “Olhares sobre a judicialização da Política de Saúde”, realizado em 05 de maio de 2010, em Brasília



Analisou-se linhas atrás que a concepção de Estado que vigora em uma determinada sociedade rege as posturas quanto à prestação jurisdicional (DWORKIN, 2000:10.). E tem sido defendido até aqui, na linha de pensamento de Ronald DWORKIN, uma concepção de Estado centrada nos direitos (DWORKIN, 2000:38-39). Por esse motivo, o ideal de prestação jurisdicional é a que protege os direitos fundamentais. Daí, a referida tensão entre direitos fundamentais e governo da maioria deve sempre ser resolvido em prol daqueles. “A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático” (BARROSO, 2009/B:38).

Considerando que os cidadãos elegeram legisladores, mas não juízes, “se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas” (DWORKIN, 2000:30). Porém, parece que se apenas uma pequena e especial parte das decisões políticas fossem tiradas dos Parlamentos e transferidas para os tribunais o ideal de democracia seria, em algum sentido, promovido. E não só ele, mas também os ideais de justiça, de cidadania e de eficácia dos direitos fundamentais.

Toda democracia supõe, mas nenhuma proporciona a igualdade de poder político. Há grande número de indivíduos que, principalmente por questões econômicas, são inteiramente destituídos do poder. Normalmente são os ricos e poderosos que têm mais representação no Parlamento e compõem o viés majoritário. Por essa razão, o Parlamento não tem tempo e/ou vontade de reconhecer e impor os direitos dos pobres. No caso do direito à saúde, os indivíduos que, destituídos de influência e de poder econômico, não conseguem receber dos poderes políticos cuidados sanitários - medicamentos, consultas médicas e leitos de UTI - terão de buscá-los via judicial (DWORKIN, 2000:30-31 e MILANEZ, 2004:205).

É fundamental para as minorias parlamentares um órgão imparcial, técnico e que não esteja sujeito às pressões populares. O juiz, mais que o



legislador e o administrador, está em melhor posição para decidir questões sobre direitos (DWORKIN, 2000:26-28.).

Conclui-se, portanto, que é razoável e pertinente falar em judicializar o que é político (não em sua totalidade, frise-se) como meio de promoção de justiça, cidadania e democracia. O intuito é tentar demonstrar que, com alguns limites e parâmetros, o envolvimento do Judiciário nas políticas públicas na área da saúde é possível e, mais que isso, desejável. Nas palavras de Dworkin:

Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal (2000:32-33).

### **3. A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Esse último capítulo se propõe a refletir como o Poder Judiciário tem atuado na defesa do direito à saúde, se do modo constitucionalmente adequado ou não.

Viu-se que, de forma geral, os direitos sociais, como a saúde, são previstos na Constituição de maneira indeterminada e vaga. O texto constitucional não traz explanação detalhada acerca da dimensão, sentido e alcance desses direitos.

A vagueza e a indeterminação dos direitos sociais implicam a natureza programática dos preceitos constitucionais. O direito à saúde exige intermediação legislativa que determina os benefícios que podem ser concedidos e os deveres que devem ser impostos, conforme as estimativas do governo acerca da realidade (MILANEZ, 2004:202).

A intervenção positiva do juízes não gera grandes discussões nos casos em que já exista política pública: tão somente se executa, via judicial, programa já formulado pelo governo. A implementação de políticas públicas é,



pois, um ato de grande responsabilidade política, já que, uma vez criadas, os governos estarão juridicamente vinculados a elas, não podendo se esquivar sob pretextos evasivos ou desarrazoados (APPIO, 2010:174-178).

Nesses casos, não há discussão acerca da legitimidade/capacidade judicial para interferência em seara política. Diversa é a hipótese na qual o juiz faz política pública “à revelia do legislador”,<sup>5</sup> isto é, concede provimentos que, independentemente de intermediação legal, ou até mesmo contra seu teor e alcance, concretizam internações, medicamentos e tratamentos, com base tão somente nas normas constitucionais. Isso ocorre porque, como visto, as leis nem sempre existem ou são satisfatórias.

O só reconhecimento de um direito como fundamental permite atribuir a ele conteúdo mínimo (PISARELLO, 2007:81.). Mas densificá-lo com base tão somente nos enunciados vagos da Constituição é tarefa complexa, mas necessária (MILANEZ, 2004:203.) A abertura das normas constitucionais de direitos sociais não é insuperável, e é sim possível e desejável que as cortes extraiam delas algum conteúdo, desde que constitucionalmente adequado(PISARELLO, 2007:67 e 84.)

A judicialização da saúde é, pois, inescapável, mas deve haver limites para tanto. A sociedade espera e precisa que os juízes garantam esse direito. Contudo, o que parece solução à primeira vista, pode ser um contrato formal de futuros problemas.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Curso de Aperfeiçoamento em Direito Constitucional – Eficácia dos Direitos Fundamentais e Ordem Social ministrado pelo juiz e professor Ingo Wolfgang Sarlet dos dias 30 de setembro a 02 de outubro de 2010 na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

<sup>6</sup> Palestra proferida pelo Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, no bloco 4 da sessão do dia 07.05.2009 da Audiência Pública da Saúde, realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).



Por hora, deve ficar claro que há duas atuações judiciais diversas, mas igualmente importantes e necessárias. A primeira delas, na qual o Judiciário atua em meio a políticas sanitárias já existentes, mas não cumpridas, e a segunda, na qual age na falta ou insuficiência dessas políticas. A questão é saber como devem se dar esses dois tipos de intervenção judicial, quais seus limites e alcance.

Nesse viés, o STF convocou, em março de 2009, a realização de Audiência Pública para esclarecer questões presentes nas decisões judiciais que envolvem a saúde. Na palestra de abertura do evento, o Ministro Gilmar Mendes chamou atenção para a amplitude e importância do tema, advertindo que toda sociedade, em certa medida, é afetada pelas decisões que buscam a efetividade do direito à saúde. No contexto brasileiro, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem a saúde representam um dos principais desafios à efetividade dos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

O passo seguinte da pesquisa será a abordagem acerca das titularidades individual e coletiva do direito à saúde. Esse entendimento é pré-requisito para o enfrentamento da chamada judicialização desestruturante e da Reserva do Possível.

Na linha argumentativa desenvolvida pelo STF em vários julgados,<sup>8</sup> há de se perceber a coexistência da titularidade tanto individual quanto coletiva do

---

<sup>7</sup> Sessão de abertura da Audiência Pública de número 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 27.04.2009 e proferida pelo seu então presidente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>8</sup> “Cf., em caráter ilustrativo, a decisão na suspensão de tutela antecipada 268-9, Rio Grande do Sul, Rel. Min. Gilmar Mendes, proferida em 22.10.2008, orientação recentemente



direito à saúde, a depender da relação jurídica em questão. Quanto à sua dimensão individual, a proteção da saúde não pode ser aplicada a todos, sem qualquer distinção. Mister a observância das necessidades individuais e das peculiaridades do caso concreto. Nessa situação, a saúde deve ser relacionada com as características (físicas, psicológicas e genéticas) de cada indivíduo e com o ambiente (social, político ou econômico) em que ele se encontra inserido. Mas, além dessa perspectiva, deve ser considerada uma outra, que convive com aquela e guarda relação com o princípio isonômico, qual seja, a perspectiva comunitária desse direito (SARLET, 2007:217-221). O desafio de se harmonizar essas duas perspectivas, sem que ocorra a supressão de alguma delas, diz respeito ao perigo de que o exercício individual possa acarretar dano ou impossibilitar o exercício coletivo.

Para Dworkin, cada pessoa concreta, considerada em sua individualidade, defende um ponto de vista pessoal, ambições e compromissos próprios. Nessa esfera de soberania individual, cada um pode se dedicar a projetos egoístas, preferindo interesses próprios, da família ou de amigos (DWORKIN, 2007:211). Mas, o modelo ideal de comunidade apresentado pelo autor é aquele em que seus membros, orientados por princípios de igualdade e justiça, admitem que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra; que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse; que cada membro deve ter interesse pelo bem-estar dos outros e que a vida de uma pessoa não é mais importante que a de nenhuma outra (DWORKIN, 2007:242-260).

Nessa linha, Dworkin explica que são incontáveis as circunstâncias nas quais uma pessoa, que desempenha uma atividade legal sob o aspecto da sua



individualidade, pode causar danos (involuntários) a outra (s) (DWORKIN, 2007:339).

A questão de se saber quem tem o direito real ou concreto de fazer o que quiser encontra solução a partir da identificação de qual das pretensões é a abusiva. O juiz do Estado Democrático de Direito deve ter a postura de identificar, a partir das peculiaridades do caso, onde reside o abuso por um dos que reivindica para si o exercício de um direito.

Trazendo essas considerações dworkianas para as discussões que envolvem o exercício da titularidade individual e coletiva do direito à saúde, a problemática surge da situação individual que, sob vários ângulos – em especial, o do alto custo – põe em risco a assistência global à saúde. Não raro, satisfazer as necessidades de pessoas concretas, que estão à frente do juiz – com nome, história, doença determinada e necessidade específica -, pode indiretamente sacrificar o direito à saúde de outros cidadãos anônimos, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde.<sup>9</sup>

Não raro, as decisões judiciais que fazem a microjustiça (justiça do caso concreto) têm significado um forte ponto de tensão perante àqueles que fazem a macrojustiça (elaboradores e executores das políticas públicas).

A judicialização tem feito com que esses elaboradores e executores, que atuam diante da dimensão comunitária do direito à saúde, frequentemente se vejam compelidos a garantir prestações que muitas vezes contrastam com a política estabelecida. Diante disso, arguem, em alguns casos, que o cumprimento da determinação judicial extrapola suas possibilidades orçamentárias. Tal situação leva às discussões em torno da chamada

---

<sup>9</sup> Sessão de abertura da Audiência Pública de número 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 27.04.2009 e proferida pelo seu então presidente, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).



judicialização desestruturante e da Reserva do Possível, a serem detalhadas a seguir.

A concessão individualizada de prestações por conta de processos individuais – conflito entre Caio-cidadão e Tício-Estado - ou mesmo para determinado grupo de litigantes pode acarretar impacto negativo sobre as políticas sanitárias e sobre o sistema público de saúde. São, entre outras, tutelas judiciais que atropelam os direitos dos que aguardam pelo mesmo tratamento em uma lista de espera organizada segundo critérios clínicos e não judiciários; e tutelas para conceder medicamentos não padronizados, de alto custo, muitas vezes com similares mais baratos ou, até mesmo, ainda não autorizados pelo Ministério da Saúde e pela Vigilância Sanitária (BISOL, 2008:331).

A política pública da saúde está concretizada em leis, portarias, decretos e resoluções, pois cabe aos legisladores e aos administradores públicos, diante das possibilidades financeiras do Estado, das necessidades da população e do estágio das pesquisas médicas, estabelecer quais os bens e serviços que poderão ser contemplados pela rede pública. A integralidade da assistência à saúde não é um conceito que admite que todos os serviços, tratamentos e medicamentos existentes no mercado devam ser disponibilizados. A decisão do Estado de dispensar certo medicamento ou tratamento envolve critérios técnicos, nos quais se pretende garantir à população o acesso a produtos seguros, eficazes, de qualidade e ao menor custo possível.

Entretanto, essa decisão “técnica” e científica, quando vista num enfoque jurídico, pode ser questionada. Algumas decisões judiciais pretendem corrigir essa (relativa) autonomia do gestor público de forma a confirmar princípios constitucionais. Contudo, não raro, acabam por determinar o fornecimento de remédio ainda em fase de experimentação científica ou conceder determinado medicamento fazendo ressalvas quanto às



especificações desse. É comum que medicamentos não estejam registrados na ANVISA nem indicados em protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS, pois ainda estão em fase de experimentação e, por isso, não dispõem de comprovação de sua segurança, efetividade, custo efetividade, custo benefício e custo utilidade. Obrigar o Estado a fornecer produtos sem essas evidências significa trazer desperdícios para os recursos públicos e, mais grave, expor a riscos a vida das pessoas.<sup>10</sup>

É nesse sentido que o Promotor de Justiça da Defesa da Saúde, Jairo Bisol, fala em *judicialização desestruturante* das políticas sanitárias e do SUS. (BISOL, 2008:227-331)

A judicialização da saúde, apesar de necessária e desejável, não pode se tornar instrumento de quebra dos limites técnicos e éticos que sustentam o SUS, impondo o uso ou a incorporação acrítica de tecnologias, insumos ou medicamentos, desorganizando a Administração, deslocando recursos de destinação planejada e prioritária e, o que mais se rechaça, colocando em risco a vida e a saúde dos cidadãos.<sup>11</sup>

Na verdade, o excesso de demandas judiciais só existe porque a Administração não tem cumprido seu papel, antes, tem sido corrupta, ineficiente e burocrática. “Se o serviço público é bom, a judicialização é menor” (MIRANDA, 2010). A promoção da saúde via judicial é, então, perfeitamente justificada pela ausência de eficácia ou omissão do Estado (CIARLINI, 2009:102). A desestruturação da Administração é causada por ela mesma, na

---

<sup>10</sup> Palestra proferida pelo Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, no bloco 4 da sessão do dia 07.05.2009 da Audiência Pública da Saúde, realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

<sup>11</sup> Palestra proferida pelo Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, no bloco 4 da sessão do dia 07.05.2009 da Audiência Pública da Saúde, realizada pelo Supremo Tribunal Federal. Vídeos da Audiência Pública disponíveis no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).



medida em que seu mau planejamento e organização acarretam ações judiciais que podem ser desestruturantes.

Por fim, impõe-se a análise da referida Reserva do Possível. Com o advento da Constituição de 1988, a defesa de um constitucionalismo de plena eficácia dos direitos sociais passou a ser criticado pela doutrina neoliberal, defensora da prevalência do econômico sobre o jurídico (OLSEN, 2008:176). Essa doutrina aponta a Constituição “como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia” (CITTADINO, 1999: XV). Essa ideologia importou da prática jurídica alemã a chamada Reserva do Possível, adaptando-a à realidade brasileira.

A Reserva do Possível passou a ser objeto de discussão no Brasil a partir da década de 1990, se mostrando como obstáculo à realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição. Ela passou a ser invocada como um limite fático intransponível diante de uma alegada escassez de recursos absoluta (OLSEN, 2008:175 e 221-232).

Apesar da natureza essencialmente *social* que a Constituição apresenta, ela surgiu num ambiente de crise do Estado de Bem Estar Social, fértil para o florescimento de concepções neoliberais. Essa doutrina se aproveitou da crise para acusar a atividade estatal de ineficiente, lenta e burocrática, relacionando essas características aos inúmeros gastos públicos com programas sociais e ao intervencionismo estatal. O neoliberalismo prega que os direitos sociais são por demais onerosos para o Estado (OLSEN, 2008:179).

Para essa interpretação econômica do direito, o tratamento da questão dos direitos constitucionais exige uma reflexão que leve em conta a peculiaridade de que os direitos têm custos. É nesse contexto que a Reserva do Possível é usada como argumento em processos judiciais envolvendo, de



um lado, a demanda por prestações materiais previstas em normas constitucionais sociais e, de outro, a necessidade de se adequar tais prestações às reservas financeiras do Estado (OLSEN, 2008:182).

A Administração vem argüindo que, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, algumas delas ficariam comprometidas. O temor da Administração reside no fato de que o exercício do direito à saúde na sua dimensão individual gere danos ou mesmo impeça o seu exercício coletivo. Com essa retórica, a Administração tenta demonstrar que é sua a função exclusiva de definir, traçar e executar as políticas públicas de saúde, pois, conhecedora dos valores de que o Estado dispõe para gastar e das necessidades da comunidade numa perspectiva coletiva, está em melhores condições de tomar decisões acerca do fornecimento (ou não) de itens referentes aos cuidados com a saúde.<sup>12</sup>

O perigo está na destruição de políticas públicas destinadas a atender demandas sociais a partir de interpretações da Constituição pautadas pelo velho paradigma liberal (CITTADINO, 1999:50-51.). De fato, a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada: “sem recursos e sem orçamento, o Direito não se realiza” (PEREIRA, 2008:359). O próprio STF reconhece que a realização dos direitos sociais “depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado”.<sup>13</sup>

Entretanto, a microjustiça é tão necessária para a idéia de justiça quanto à macro, sendo que uma não pode ser mais valorizada que a outra. A função do Judiciário é agir contramajoritariamente e essa função é uma das bases das democracias modernas.

---

<sup>12</sup> STF, STA-AgR 175/CE, voto do Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>13</sup> STF, ADPF 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello.



A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro implantado pela Constituição de 1988. Assim, esse Estado tem como objetivo primordial a promoção, a defesa e a implementação dos direitos fundamentais. Foi nesse sentido que defendeu-se, com base na perspectiva dworkiana, uma concepção de Estado e, conseqüentemente, um ideal de prestação jurisdicional, centrada nos direitos.<sup>14</sup>

É essa concepção de Estado que impede que as considerações em torno da Reserva do Possível sejam colocadas como obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais. Ora, não é razoável que alegações de ordem fática, financeira e orçamentária sejam capazes de impedir a concretização de direitos fundamentais.

“A finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição”.<sup>15</sup> A promoção e a defesa dos direitos fundamentais devem ser as prioridades orçamentárias dos gastos públicos.

“Se evidente a omissão inconstitucional dos demais poderes constituídos, não pode o Judiciário permanecer silente, ou terá chancelado a ineficácia dos direitos fundamentais com sua conveniência”. O acesso ao Judiciário deve ser incentivado e não recriminado, pois esse Poder tem o papel

---

<sup>14</sup> “A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...) na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência”. BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Renovar, 2002. p. 245-246. *In*: STF, ADPF 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello

<sup>15</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Renovar, 2002. p. 245-246. *In*: STF, ADPF 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello.



de atender ao caso concreto e, através dos caminhos da microjustiça, denunciar a macrojustiça inconstitucional (*macro-injustiça*). O juiz pode e deve ser instrumento de, denunciando as reiteradas omissões inconstitucionais do Estado geradoras de ineficácia dos direitos sociais, impulsioná-lo e direcioná-lo na adoção de suas políticas públicas. Muitas decisões proferidas no mesmo sentido têm o condão de chamar atenção do Poder Público no sentido de tornar inevitável uma modificação ou implementação das políticas públicas (OLSEN, 2008:295-297).

## **CONCLUSÃO**

A monografia teve como desafio enfrentar e refletir acerca dos argumentos que vêm sendo apresentados como obstáculos à realização do direito social à saúde, sendo que a teoria de Dworkin foi um dos fios condutores da análise empreendida.

Enfrentar esses argumentos foi necessário, pois ficou pacificado que um Estado Democrático de Direito, tal como o Brasil, não pode tolerar afirmação ou teoria que se oponha à efetividade dos direitos previstos na Constituição.

Ademais, a observação crítica das discussões que envolvem o direito à saúde permitiu incursões, igualmente críticas, sobre temas centrais para o constitucionalismo, como a prática judicial, a democracia e a eficácia dos direitos fundamentais.

Procurou-se destacar os avanços e retrocessos no campo investigado, realçar a importância das conclusões e sugerir novos desafios. O tema é vasto e complexo e, assim, optou-se por um recorte que viabilizasse a proteção aos direitos fundamentais e a promoção da democracia. Para tanto, dividiu-se a monografia em três capítulos.



O primeiro capítulo demonstrou que o direito à saúde surgiu no contexto do Estado Social e, assim, ainda é tratado com resquícios do modo de pensar desse modelo de Estado Constitucional. Entretanto, em razão da Constituição Brasileira de 1988 ter consagrado outro modelo de Estado, qual seja, o Democrático de Direito, mister se faz que os direitos nela previstos recebam um tratamento condizente com o novo paradigma. Analisou-se criticamente as formas de tratamento que remontam ao passado do Estado Social e que, de alguma forma, dificultam ou mesmo impedem que os direitos fundamentais se realizem tal como preconizado pelo Estado Democrático.

Constatou-se que o Estado Democrático tem como um de seus objetivos precípuos viabilizar o exercício dos direitos. Dessa sorte, não merece prosperar a afirmativa segundo a qual os direitos sociais seriam dependentes da intermediação de lei para se concretizar, devendo, ser remetidos para a esfera programática - argumento típico do Estado Social. A lei não pode ter a prerrogativa de determinar exclusivamente se um direito será protegido e como ele será. Dworkin defende que a sociedade deve aceitar que é governada não apenas por regras criadas por um acordo político, mas também por princípios. Assim, o direito à saúde não pode ficar submetido às meras oscilações estratégicas de partidos e governos, mas sim aos princípios constitucionais.

Conclui-se, pois, que os direitos fundamentais existem antes mesmo do advento de lei específica ou suficiente e que seu exercício pode ser delineado, pela via judicial, a partir de um conteúdo mínimo a ser extraído da Constituição.

No segundo capítulo foi verificado que é necessário e até desejável que uma pequena e especial parte das decisões mal decididas ou não decididas na seara política sejam trazidas para a esfera judicial. Esse fenômeno tem consolidado, aprofundado e inovado a democracia brasileira. A democracia - que diz respeito à vontade da maioria, mas deve ser permanentemente vista sob o ângulo da inclusão das minorias - acaba sendo



promovida quando essas minorias, que não possuem acesso fácil às instituições democráticas, logram ter seus direitos tutelados pela via judicial.

Percebeu-se que o Judiciário é um dos alicerces da democracia moderna, pois atua contra-majoritariamente e, em meio a déficit de políticas públicas, não tomam decisões verdadeiramente políticas, mas decidem baseando-se em princípios.

Esse capítulo, bem como o terceiro, buscou enfrentar e superar os principais argumentos que são postos como objeções à atuação judicial na defesa e promoção da saúde. Como essa atuação é necessária, foi preciso analisar e contornar tais argumentos.

O capítulo final distinguiu a atuação judicial que se dá em meio a políticas públicas existentes, mas não cumpridas, daquela que ocorre quando essas políticas não existem ou são insuficientes. É nesse segundo caso que o juiz lança mão dos princípios.

Foi constatado, ainda, que o direito à saúde deve ser encarado numa dupla perspectiva, ambas complexas, mas igualmente importantes. O Estado precisa dispor de planejamento e de valores adequados para garantir a saúde não só aos cidadãos universalmente, mas também a cada indivíduo. Se evidente a falta de planejamento e organização orçamentária por parte da Administração, cabe ao Judiciário agir e não ser conivente com essas inconstitucionalidades. O acesso ao Judiciário tem o condão de, através da microjustiça, denunciar a macrojustiça inconstitucional.

Quanto à Teoria da Reserva do Possível, a vertente democrática da Constituição de 1988 vem impondo a superação da interpretação econômica do direito, sendo que alegações de ordem fática e orçamentária não podem ser capazes de impedir a concretização do direito à saúde, de total imbricação com o direito à vida.



A monografia propôs, dentro de um campo complexo e ainda permeado de inquietações, um recorte sempre em prol da atuação judicial na defesa dos princípios e direitos constitucionais. As possíveis argumentações, teses e teorias que, de uma forma ou de outra, tolhem ou dificultam o exercício de direitos devem ser superadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. Consolidação do direito sanitário no Brasil. *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 65-75.

APPIO, Eduardo. A judicialização da política em Dworkin. **Seqüência: revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC**, v. 24, n. 47, p. 81-97, dez., 2003.

\_\_\_\_\_. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 1ª ed. (ano 2005), 7ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Ativismo judicial mobiliza justiça e sociedade. **Revista Consultor Jurídico**: Colunas, Retrospectiva 2009, 15 dezembro de 2009/A. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2009-dez-15/retrospectiva-2009-ativismo-judicial-mobiliza-justica-sociedade> >. Acesso em: 13 janeiro 2010.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas**, p. 34-40, mai., 2009/B.



BISOL, Jairo. Judicialização desestruturante: reveses de uma cultura jurídica obsoleta. *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 327-331.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Domingues. **Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005**. Cadernos de Saúde Pública, vol. 26, nº1, Rio de Janeiro, jan 2010. Disponível em: <  
[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2010000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=pt)>. Acesso em: 9 março 2010.

CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *In*: **Dimensões do Direito Contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo de Camargo Vidigal**. Ives Gandra Martins, José Roberto Nalini, organizadores. São Paulo: editora IOB, 2001. p. 77-83.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. Com apresentação e ensaio de Raffaele De Giorgi. Max Limonad, 2000.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araújo. **Desjudicialização da saúde: um bem necessário?** *In*: Direito Público – v.5, n. 28, jul/ago 2009. Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 102-106.

\_\_\_\_\_. **O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição. Para uma compreensão**



Caderno Virtual N° 24, v. 1 - jul-dez/2011

**agonística dos direitos fundamentais sociais na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar.** Brasília: Tese de Doutorado – UnB, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro, *Lumen Juris*, 1999.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.** Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 91-100.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Os juízes políticos e o Estado de Direito. *In*: \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-39.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde. *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.** Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 103-110.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Silvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. *In*: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário.** Publicação do Ministério da Saúde e da Fundação Oswaldo Cruz. V. 1. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 121-127.

GALLO, Carlos Artur. **Algumas considerações sobre a judicialização da política na América Latina.** Revista Brasileira de História e Ciências Sociais,



Caderno Virtual N° 24, v. 1 - jul-dez/2011

volume 1, número 2, dezembro 2009. Disponível em: <  
[http://www.rbhcs.com/index\\_arquivos/Artigo.Algumas%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20pol%C3%ADtica%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf](http://www.rbhcs.com/index_arquivos/Artigo.Algumas%20considera%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20pol%C3%ADtica%20na%20Am%C3%A9rica%20Latina.pdf)>. Acesso em: 29 de março de 2010.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre estado de direito e democracia. *In*: \_\_\_\_\_. **A inclusão do outro, estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 285-297.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

MARRAMAO, Giacomo. **Passado e futuro dos direitos humanos. Da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença**. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi), com o tema “Pensar globalmente, agir localmente”, em 15 de novembro de 2007, no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Belo Horizonte-MG. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto (PUC Minas) e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros (PUC Minas) e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (PUC Minas).

MEDEIROS, Humberto Jacques. Sistema federativo e saúde: descentralizar o SUS. *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 319-324.



MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. **A política, o direito e sua interdependência: o esforço pela busca de suas autonomias.** *In:* RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v.1, n.46, p. 267-283, jul./dez. 2006.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *In:* **Revista de direito administrativo**, Renovar, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, nº 237, p. 197-221, jul./set. 2004.

MIRANDA, Jorge. **“Se serviço público é bom, a judicialização é menor”.** *In:* Revista Consultor Jurídico, 19 de dezembro de 2010. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/quanto-melhor-servico-publico-menor-busca-justica> >. Acesso em 13 de janeiro de 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. A jurisdição na proteção da saúde: breves notas sobre a instrumentalidade processual. *In:* **Revista da Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, ano 36, n. 115, p. 49-72, set. 2009. Porto Alegre: AJURIS, 2009.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho Oliveira. Fragmentos de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e conselhos da saúde. *In:* COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde.** Vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 167-176.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.



PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. Fiscalização da saúde e um novo direito administrativo. *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**, vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 353-365.

PAIXÃO, Cristiano. **Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito**. *In*: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2007.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2008.

RUSSO, Carlos. O contexto da regulação de produtos biológicos. *In*: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Publicação do Ministério da Saúde e da Fundação Oswaldo Cruz. V. 1. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 28-40.

SANTANA, Ramiro Nóbrega. **A saúde aos cuidados do judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2009.



\_\_\_\_\_. Acesso a medicamentos: direito garantido no Brasil? *In*: COSTA, Alexandre Bernadino et al (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**, vol. 4. Brasília: CEAD/UnB, 2008. p. 307-317.

SARLET, Ingo Wolfgang. Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais. *In*: \_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 3 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 39-62.

\_\_\_\_\_. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisadas à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *In*: **Direitos fundamentais & justiça**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Ano 4, nº 10, jan./mar. 2010. Trimestral. Coordenação científica: Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. Porto Alegre: HS Editora, 2007. p. 205-228.

TEIXEIRA, Ariosto. **Decisão liminar: a judicialização da política no Brasil**. Brasília: Plano Editora, 2001. p. 11-67.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-38.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.