

Fernanda Iasmine Scherer dos Santos

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O CONTROLE DAS DECISÕES  
JUDICIAIS NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof. Dr. Everton José Helfer de Borba  
Orientador

Santa Cruz do Sul

2015

## **TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA**

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Fernanda Iasmine dos Santos, adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 03 de junho de 2015.

Prof. Dr. Everton José Helfer de Borba  
Orientador

*Ao meu mestre que sempre acreditou no meu potencial.*

*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto.*

*(Senado Federal, RJ. Obras Completas, Rui Barbosa. v. 41, t. 3, 1914, p. 86)*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus familiares pelo incentivo, aos professores e colegas do Curso de Direito pelos ensinamentos e amizade. Ao professor orientador, Dr. Everton José Helfer de Borba, pelo encorajamento e sabedoria transmitida na realização desta monografia.

Também agradeço ao coordenador da biblioteca da Universidade de Santa Cruz do Sul, pelo gentil obséquio em ceder material bibliográfico muito útil na realização deste trabalho.

Por último, porém não menos importante, agradeço a Deus pela dádiva da vida e especialmente a minha mãe por me apoiar e jamais me deixar desistir.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata do tema “a judicialização do direito à saúde e o controle das decisões judiciais no âmbito das políticas públicas”. Pretende-se, à luz da literatura recente e relevante a propósito da situação em tela, analisar, discutir e apresentar os principais aspectos teóricos que envolvem essa problemática. Para tanto, utiliza-se o metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que atualmente o cenário nacional experimenta uma gigantesca crise democrática, é de suma importância que assuntos de cunho relevante, como o direito à saúde, sejam abordados a fim de que soluções adequadas sejam encontradas, bem como considerando os principais aspectos atinentes à literatura em foco, “a judicialização do direito à saúde e o controle das decisões judiciais no âmbito das políticas públicas” é um tema que se apresenta como fundamental para que busquemos uma maior segurança jurídica no que diz respeito às políticas públicas, especialmente referentes ao resguardo do direito à saúde.

**Palavras-chave:** direito à saúde; democracia; políticas públicas; judicialização; cidadania; controle.

## ABSTRACT

This course conclusion work deals with the theme "the legalization of the right to health and the control of judicial decisions in the context of public policies." It is intended, in light of recent and relevant literature on the subject of exposed situation, analyze, discuss and present the main theoretical aspects that involve this problem. For this, it uses the bibliographical research methodology that consists, basically in reading, BOOK REPORT and comparison of theories of the main authors of the law that deals with this problem. On the assumption that the national scene currently experiences a huge democratic crisis, is of paramount importance that issues, such as the right to health, are addressed in order that appropriate solutions are found, as well as considering the main aspects related to literature in focus, "the legalization of the right to health and the control of judicial decisions in the context of public policies" is an issue which presents as fundamental to seek greater legal certainty with regard to public policies, especially relating to the guard of the right to health.

**Keywords:** right to health; democracy; public policies; legalization, citizenship; control.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>12</b>
2.1	Positivção do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro .....	12
2.2	Direitos fundamentais e o mínimo existencial.....	15
2.3	Restrições aos direitos fundamentais.....	18
<b>3</b>	<b>JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>25</b>
3.1	Inserção dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro .....	25
3.2	Separação dos poderes e controle jurisdicional .....	27
3.3	O Neoconstitucionalismo e sua aplicação nas demandas referentes ao direito à saúde.....	30
<b>4</b>	<b>A POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>38</b>
4.1	Introdução ao estudo do direito.....	38
4.2	Concretização do direito à saúde através do controle judicial .....	42
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>54</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Incontroverso que o cenário nacional está diante de uma crise democrática preocupante. Destarte, se torna ainda mais inquietante a situação da saúde pública neste contexto. No entanto, o presente trabalho não pretende aqui delimitar especificamente a atuação da Administração Pública, mas sim a maneira alternativa de ver resguardado este direito constitucional. Evidente, que há responsabilidade por parte da Administração Pública. Contudo, em face de um aumento desenfreado de classes mais baixas, que incontestavelmente, não só gozam, como também necessitam de prestações materiais no tocante à saúde. Por outro lado, verificam-se recursos limitados por parte do Poder Público, que já não comportam a demanda atual. Deixando assim de ser uma problemática exclusiva da seara administrativa e se dirigindo, não raras vezes, ao controle jurisdicional.

Desta forma, o presente trabalho cuidou de direcionar o seu eixo central no controle judicial da discricionariedade do Poder Judiciário, no âmbito das políticas Públicas. A escolha do tema se deu em razão de haver uma grande quantidade de ações aforadas neste sentido, como uma “última” busca do indivíduo ao seu direito. No entanto há que se preocupar com os limites discricionários na atuação dos julgadores que por diversas vezes, deixam de julgar de forma adequada não atentando para requisitos essenciais que influenciam diretamente nas situações fáticas.

Não restam dúvidas que estas demandas tratam de bens jurídicos essenciais a manutenção de um mínimo existencial, daí a complexidade de se julgar as referidas ações. No entanto, percebe-se que se está depositado nas “mãos” do Poder Judiciário, a garantia deste direito, como tantos outros, motivo pelo qual exige que os julgadores atuem de forma justificada buscando a melhor solução no âmbito universal.

Além disso, observa-se que Poder Judiciário possui mecanismos para o exercício democrático, que vêm sendo bastante abalado no nosso cenário nacional. No que diz respeito à crise democrática, esta possui o condão de maximizar às dificuldades citadas, da mesma forma, potencializar ainda mais as circunstâncias impeditivas da efetiva prestação de direitos fundamentais sociais, dos quais o direito à saúde possui destaque central. Não há dúvidas, de que o nosso Sistema Único de Saúde vive uma situação precária, no entanto, não será abordada no presente trabalho a específica temática.

O escopo central do presente trabalho, consistirá preambularmente em delimitar o atraso nacional em positivar um direito fundamental como a saúde, que atualmente compõe o núcleo essencial do mínimo existencial. Da mesma sorte, será feita uma breve abordagem histórica das Constituições e dos direitos inovadores nelas constantes. Ainda, no primeiro capítulo, serão abordadas questões teóricas no tocante a temática, bem como a conceituação do mínimo existencial, inclusive no entendimento germânico, que atualmente possui a melhor aplicabilidade, bem como o instituto da reserva do possível, que da mesma forma, se origina do modelo germânico, no entanto, aparece de forma diversa no cenário jurídico nacional, conforme veremos.

O segundo capítulo consiste em delimitar a atuação da Administração Pública na prestação material do direito à saúde, através de políticas públicas eficientes. Passando rapidamente por o instituto da discricionariedade administrativa, bem como os seus limites. De outra banda, analisar-se-á a competência conferida ao Poder Judiciário em suprir a atividade da Administração Pública, em caso de inércia ou má prestação do direito à saúde, mediante provocação da parte lesada. Ainda, suscintamente a separação dos poderes e os objetos passíveis de controle jurisdicional, no tocante à temática. Destarte, serão abordados alguns conceitos referentes ao fenômeno inovador do neoconstitucionalismo, que influencia incisivamente na aplicação do Direito, proporcionando maior eficiência, bem como compondo um dos mecanismos a serem utilizados pelos julgadores. Por fim, uma breve abordagem da possibilidade de demandas individuais e coletivas na busca de efetivação do direito à saúde.

Derradeiramente, o último capítulo que considero a essencialidade do presente trabalho, consistirá em abordar um tema bastante delicado, complexo, e porque não, inovador. Refiro-me especificamente na possibilidade de controle das decisões judiciais, mais especificamente às que consistem em demandas que envolvam políticas públicas referentes ao direito à saúde. Para tal, inevitável que abordemos alguns conceitos iniciais de interpretação jurídica, tendo em vista que o controle consiste em apurar o grau de discricionariedade exercida por parte dos julgadores, e como os mesmos vêm suprindo a necessidade popular. Ademais, imprescindível estabelecer a distinção entre normas, princípios e regras, bem como a abordagem específica da teoria dos “3Cs” de MacCormick, sublimemente abordada por Brum em sua obra. A referida teoria sustenta a necessidade de três requisitos

essenciais para o controle de uma decisão judicial: o consequencialismo, a coesão e a coerência, que serão abordados especificamente. Demonstrando a possibilidade de proporcionar decisões judiciais em consonância com a necessidade não só dos demandantes, mas como de todos os demais que vivam em situação semelhante, e necessitam do mesmo direito, obedecendo o instituto da universalidade que norteia o âmbito das políticas públicas, bem como os direitos fundamentais sócias que compõem o mínimo existencial.

## 2 DIREITO À SAÚDE

### 2.1 Posituação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, antes de delinear a importância do direito à saúde como um direito fundamental, faz-se necessário um breve relato da trajetória histórica da posituação do referido direito, através da legislação brasileira.

Em 25.03.1824 foi promulgada a Constituição do Império<sup>1</sup>, que trazia em seu texto constitucional, algumas inovações no que dizia respeito aos direitos sociais, porém, em nenhum momento houve a normatização do direito à saúde. Apenas alguns traços que posteriormente delinearão os Direitos Humanos do século XX.

Em 24.02.1891 houve a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, através da qual se estabeleceu que o Brasil adotaria a forma de governo de República Federativa, sem novamente, qualquer posituação do direito à saúde.

Já em 16.07.1934, com a promulgação da segunda Constituição da República dos Estados do Brasil, houve algumas inovações com relação há preocupações sanitárias, conforme menciona Sturza, Cassol (2008, p.361):

a influência dos políticos e doutrinadores estrangeiros se fez presente o tratamento dado à saúde na Constituição de 1934. Essa Constituição representou a inauguração do Estado Social brasileiro e trouxe consigo algumas tímidas preocupações sanitárias, descritas em seu art.138.

Porém, a referida Constituição foi revogada com a promulgação da Carta Constitucional<sup>2</sup>, em 10.11.1937, que se voltou para uma maior solidez do Poder Executivo, no tocante a elaboração das leis.

No entanto, somente nas Constituições de 1937 e 1946, houve uma inicial abordagem às competências de legislar sobre a saúde, bem como, amparo à assistência médica e sanitária aos trabalhadores. A Constituição de 1946, conforme menciona Sturza, Cassol (2008):

se voltou às fontes formais do passado e nasceu de costas para o futuro, mas, mesmo dessa forma, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.

---

<sup>1</sup> Também denominada como Constituição Política do Império do Brasil, de 25.03.1824.

<sup>2</sup> Também denominada como Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

Em 09.04.1964, houve a expedição de um Ato Institucional, com intuito de manter a ordem no país, no período do Regime Militar. Embora o Brasil tenha reconhecido a Declaração Universal dos Direitos do Homem, isso não acarretou grandes alterações no sentido de garantir o direito à saúde na Constituição de 1964.

No que concerne à Declaração Universal dos Direitos do Homem, é importante mencionar que a mesma foi promovida pela Organização das Nações Unidas, no período pós-guerra a fim de buscar meios para promover a paz mundial e também disciplinar conflitos internacionais.

A Constituição promulgada em 24.01.1967, novamente, não demonstrou grandes avanços no tocante ao direito à saúde. Dando ênfase aos assuntos referentes à reformulação do sistema tributário, da mesma forma, delineou com maior clareza os poderes conferidos à União, bem como ao Presidente da República.

Finalmente em 1988, com a promulgação da Constituição Cidadã, que teve uma participação popular efetiva em sua elaboração, viu-se positivado o direito à saúde, através do ser artigo 196 da Constituição Federal:

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

Portanto, é notável o atraso do Brasil no que se refere à positivação de um direito inerente ao nosso bem maior, qual seja a vida. É através de políticas públicas e prestações materiais efetivas por parte do Estado, que o cidadão poderá ver resguardado o direito à saúde, a fim de possuir uma vida digna, onde este bem é efetivamente tutelado. Podemos partir do princípio de que para obter a tutela do direito à vida, faz-se necessário que outros direitos fundamentais sociais sejam assegurados. No presente trabalho, será abordado mais especificamente o direito à saúde.

Após o breve relato, resgatando a trajetória histórica da legislação brasileira, desde e a primeira Constituição até a Constituição Federal de 1988, vigente, onde o direito à saúde foi efetivamente positivado como um direito de todos e um dever do Estado, faz-se necessário abordar o conceito de direito fundamental.

Com relação à noção de direito fundamental, conforme nos ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p 20), a mesma teve origem na Alemanha, vejamos:

é possível afirmar que a noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia fundamental) às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha, onde, de resto, obteve também um relativamente precoce reconhecimento jurisprudencial.

Embora os direitos sociais típicos não fossem expressamente positivados na Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, com a exceção da previsão de alguns direitos como a proteção da maternidade e dos filhos, da mesma forma uma atuação positiva do Estado para evitar a discriminação das mulheres e dos portadores de necessidades especiais, já se via a partir daí, o delineamento de um mínimo indispensável para a promoção e manutenção de uma vida digna.

Neste contexto, há que se destacar que ao se identificar a norma como um direito fundamental, é preciso observar a sua forma abstrata ou concreta. Neste sentido, não há como não mencionar o entendimento de Alexy (2011, p.65):

ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não.

Conforme observamos na citação acima, o entendimento do autor com relação à caracterização de uma norma como direito fundamental, reside em aspectos estruturais. Salienta-se que atualmente, a Constituição Alemã possui um rol de direitos fundamentais, sendo inclusive objeto de análise do referido autor, que empresta sua teoria ao direito brasileiro, no tocante aos direitos fundamentais.

Vencido o debate com relação à trajetória histórica, bem como o atraso do nosso país em legitimar um direito essencial, como o direito à saúde, cumpre-nos analisar a relação dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, com o mínimo existencial. Da mesma forma, as ações de titularidade do Estado, no que concerne a efetividade destes direitos, mais especificamente o direito à saúde, como veremos no subcapítulo que se segue.

## 2.2 Direitos fundamentais e o mínimo existencial

No Brasil, embora não haja uma previsão constitucional expressa de um mínimo existencial, podemos verificar que a Carta Magna através do seu artigo 170, *caput*, consagrou o direito a uma existência digna. Cumpre transcrever:

“art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”

Ainda, podemos mencionar os direitos fundamentais sociais positivados pelo legislador, como parte integrante do mínimo existencial. Neste sentido, nos ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p.25):

compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável [...] tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da Sociedade.

No tocante aos direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial, cumpre mencionar o que leciona Alexy (2011, p.281):

princípios de direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. (Grifo no original)

No entanto, há que se destacar que o mínimo existencial não pode ser considerado como um núcleo que apenas forneça condições mínimas de sobrevivência. Tendo em vista que este núcleo abrange não tão somente o direito à saúde, mas também outros direitos sociais positivados, como o direito à educação, à segurança, à moradia, etc... Não se pode confundir o conceito de necessidades básicas de sobrevivência com o conceito abordado no presente trabalho, tendo em vista que o mínimo existencial é um núcleo que compreende a forma de garantir uma vida digna a todo cidadão.

Do mesmo modo, não podemos atribuir a este núcleo que compõe o mínimo existencial, valores fechados, ou mesmo um rol taxativo de prestações positivas por

parte do Estado. Tendo em vista, a necessidade de verificar o caso concreto, a adequação da realidade de cada caso, bem como o seu núcleo familiar, e as necessidades inerentes ao alcance de efetivamente ver resguardado os direitos sociais fundamentais que compõe um mínimo existencial, compreendido conforme o conceito acima mencionado. No tocante às prestações por parte do Estado, a fim de resguardar o mínimo existencial, é importante mencionar que o mesmo segue condicionado ao princípio da “reserva do possível”, que será abordado mais especificamente, nos próximos capítulos.

No tocante a definição dos direitos sociais fundamentais, cumpre transcrever o que nos ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p.17):

[...] cumpre aceitar a vontade expressamente enunciada pelo Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado à atuação do Estado na implementação e garantia da segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema de conteúdo dos direitos sociais e da sua própria fundamentalidade).

Destaca-se que aqui, denominamos direitos sociais fundamentais, tendo em vista estarmos tratando de direitos dependentes de uma atuação positiva do Estado, da mesma forma, constante no rol de direitos fundamentais, conforme a vontade do Constituinte.

No que tange ao instituto do mínimo existencial, este compreende muito além do que condições de mera existência. Não há que se falar em dignidade humana, sem a possibilidade do pleno gozo dos direitos fundamentais. Neste sentido, leciona Sarlet, Figueiredo (2010, p.21-22):

de qualquer modo, tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia de mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida não pode ser reduzida a mera existência.

Desta forma, tem-se que o mínimo existencial, compreende um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida digna. No entanto, faz-se necessário mencionar que no interior deste mínimo existencial, ainda há outra fragmentação, no que tange a um mínimo existencial fisiológico e um mínimo existencial sociocultural.

Esta teoria de fragmentação do mínimo existencial, provém do direito alemão, conforme nos ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p.22):

ainda no contexto do debate jurídico-constitucional alemão, verifica-se uma distinção importante no concernente ao conteúdo e alcance do próprio mínimo existencial, que tem sido desdobrando num assim designado mínimo fisiológico, que constitui por compreender as condições materiais mínimas para uma vida condigna, no sentido de proteção contra necessidades de caráter existencial básico, o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial, e um assim designado mínimo existencial sociocultural, que, para além da proteção básica já referida, objetiva assegurar ao indivíduo um mínimo de inserção – em termos tendencial igualdade – na vida social.

Destaca-se, que a referida teoria é de grande relevância, diante da necessidade da Administração Pública proceder determinada escolha, no que tange aos direitos fundamentais sociais. Em vista de recursos limitados, frente a necessidades ilimitadas, e ainda, a um crescimento desenfreado, principalmente das classes mais baixas, faz-se de extrema relevância a adoção de princípios e teorias facilitadoras, no sentido de melhor escolher o direito premente. Neste sentido, ensina Alexy (2011, p.298):

restrições que respeitam a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo se, no caso concreto, nada restar do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade.

Cumpre-nos ainda mencionar, que como todas as teorias, há críticas a serem apontadas, faz-se constar, as mesmas não serão objeto deste trabalho, no entanto, verifica-se que a experiência germânica nos traz positivas constatações no que concerne aos resultados obtidos através da adoção da referida teoria. Salienta-se ainda, que não somente à Alemanha, como todo o plano europeu vem seguindo esta premissa, observando sistemas bastante avançados no que tange a prestação do direito à saúde, como é o caso de Portugal, que embora esteja passando por uma crise, consegue manter este direito assegurado de forma condigna.

Ainda, observa-se que tanto a doutrina como a jurisprudência alemã, admitem que o legislador opte pela maneira mais adequada na prestação destes direitos. Vejamos o que nos ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p.23):

[...] da premissa que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu

montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes.

Nota-se que há uma homogeneidade no que tange a estrutura alemã utilizada para assegurar o mínimo existencial, mais especificamente, o mínimo existencial fisiológico, face à sua eminente urgência, em detrimento dos demais direitos, compreendidos no mínimo existencial saneamento sociocultural.

Nesta seara, tem-se que o direito à saúde consiste no núcleo essencial do mínimo existencial, tendo em vista ser o meio garantidor da dignidade humana, da mesma forma, do bem mais vital protegido juridicamente no nosso ordenamento jurídico, qual seja, a vida.

### **2.3 Restrições aos direitos fundamentais**

A partir da análise realizada no subcapítulo anterior, nota-se, que diante de um rol exaustivo de direitos, assegura-se constitucionalmente um mínimo existencial, que por sua vez, esbarra nas limitações orçamentárias da Administração Pública, dentre outras restrições, inclusive de cunho dogmático. O que inclusive, atualmente, constitui a maioria maciça das demandas ajuizadas no Poder Judiciário, com o condão de buscar a salvaguarda do direito à saúde.

Neste contexto, é de extrema relevância que observemos estas limitações e restrições sob uma ótica analítica e técnica, para compreender mais especificamente, onde reside a real dificuldade do nosso sistema em realizar prestações materiais efetivas.

Inicialmente, faz-se necessária a conceituação do instituto da “reserva do possível”, que se origina do direito alemão. Cumpre transcrever o trecho que conceitua tal instituto, lecionado por Sarlet, Figueiredo (2010, p.29):

de acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais e prestações materiais estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a “reserva do possível” (*De Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais e prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. (grifo no original)

Conforme a teoria da reserva do possível, tem-se o princípio central da razoabilidade no dever do Estado prestar determinado serviço, a quem não só de direito o goza, mas também de necessidade, ou seja, sem condições próprias de provê-lo sem a assistência do Poder Público.

Neste âmbito, verifica-se que este instituto possui uma natureza tríplice, conforme nos ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p.30):

[...] a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Destarte, observa-se que a reserva do possível constitui verdadeiro limite jurídico dos direitos fundamentais. No entanto, inegável o seu condão de garantidora destes mesmos direitos, frente à hipótese de conflito entre os mesmos. Em verdade, é de se atentar para a proporcionalidade, da mesma forma, a razoabilidade, diante das situações fáticas apresentadas.

Ainda, percebe-se que quanto maior a limitação orçamentária, maior a necessidade de uma gestão coerente e proporcional. Neste sentido, ensina Sarlet, Figueiredo (2010, p.31):

com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente a necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano de atuação do legislador, seja na esfera administrativa [...].

Destaca-se que como já vimos anteriormente, existem restrições aos direitos fundamentais, no entanto, é de extrema importância que contextualizemos a natureza destas referidas limitações. Neste sentido, necessário destacar o que nos ensina Alexy (2011, p.281):

uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional. Ela até pode

ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem *compatíveis com a Constituição*. (Grifo no original)

Verifica-se ainda, que a partir do conceito proposto por Robert Alexy, tem-se que estas restrições possuem classificação. No entanto, cumpre-nos conceituar aqui, principalmente, as restrições diretamente constitucionais e as indiretamente constitucionais. As primeiras estão no âmbito constitucional, enquanto as segundas no âmbito infraconstitucional.

Na primeira classificação, observa-se a necessidade de diferenciar restrição de cláusula restritiva que no entendimento de Alexy (2011, p.286):

o conceito de restrição pertence à perspectiva do direito, enquanto que o conceito de cláusula restritiva pertence à perspectiva da norma. Uma cláusula restritiva é parte de uma norma de direito fundamental completa, que diz como aquilo, que, *prima facie*, é garantido pelo suporte fático do direito fundamental foi ou pode ser restringido. Cláusulas restritivas podem ser *escritas* ou *não escritas*. Serão consideradas, em primeiro lugar, às cláusulas restritivas escritas que contêm restrições diretamente constitucionais.

Destarte, observa-se que as cláusulas restritivas escritas, consistem em estabelecer diretamente as restrições constitucionais. No tocante às normas não escritas, estas ocorrem no âmbito jurisdicional, a partir da decisão que soluciona determinado litígio, envolvendo princípios de direitos fundamentais, em face de outros princípios de hierarquia constitucional.

Ultrapassado o debate no que concerne às restrições diretamente constitucionais, cumpre adentrar as restrições indiretamente inconstitucionais. Observa-se que estas restrições são conferidas pela Constituição, que autoriza alguém as estabelece-las. A expressão mais clara da competência para impor restrições indiretamente constitucionais encontra-se nas cláusulas de reserva explícitas (ALEXY, 2011).

No tocante as reservas restritivas, faz-se necessária a distinção entre simples e qualificadas. As primeiras conferem uma competência para estabelecer restrições de forma garantida. Enquanto as qualificadas consistem numa limitação quanto ao conteúdo da restrição.

Verifica-se ainda, que uma grande dificuldade esbarrada nas reservas restritivas é a sua delimitação. Neste aspecto, novamente faz-se necessária a

distinção entre formal e material. Neste sentido, leciona Alexy (2011, p.292):

o aspecto formal diz respeito sobretudo à competência para impor restrições, ao seu procedimento e à sua forma. Aqui, no entanto, interessa apenas o aspecto material, e apenas na medida em que diga respeito à competência atribuída ao legislador para impor restrições. Essa competência não é limitada apenas pelas condições expressas nas reservas qualificadas e pela barreira do conteúdo essencial – se se parte de uma garantia absoluta do conteúdo essencial -, mas também pela máxima da proporcionalidade e, com isso, pelo dever de sopesamento.

Esta associação descrita pelo autor, consistente em proteger o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em face do legislador, reside na verificação de que a teoria interpretativa das reservas, permite ao legislador, optar ou não em impor restrições aos direitos fundamentais.

É de extrema importância, salientar que as restrições no âmbito dos direitos fundamentais possuem limites. Nos ensina, Alexy (2011, p.296):

uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Por isso é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.

Embora pareça complexo, reside neste contexto uma teoria relativa que busca a utilização do princípio da proporcionalidade, de forma basilar. No entanto, verifica-se ainda, uma teoria absoluta que defende que cada direito fundamental possui um núcleo essencial impassível de alteração.

Ademais, a partir da pesquisa realizada, verifica-se que a fusão destas duas teorias alcançam decisões mais ponderadas e equânimes no tocante aos direitos fundamentais.

Após a breve abordagem no tocante às restrições aos direitos fundamentais, cumpre adentrar mais especificamente a teoria da reserva do possível, que conforme verificamos anteriormente, possui uma face consistente em limitação a efetivação dos direitos fundamentais.

Inicialmente, é de extrema relevância mencionar que a teoria da reserva do possível, não está somente ligada às restrições orçamentárias experimentadas pela Administração Pública, mas principalmente na razoabilidade do caso concreto. Neste sentido, cumpre transcrever o que nos ensina Bolesina, Leal (2013, p.89):

a teoria da reserva do possível, diferentemente da teoria do custo dos direitos, não se vincula exclusivamente ao elemento custo. Sua abrangência é mais ampla e envolve, além de questões financeiras, fatores jurídicos e políticos. Não obstante, embora o aspecto que diz respeito aos recursos financeiros seja o mais recorrente no cenário jurídico – e muito em função disso o desvirtuamento que sofreu no Brasil, como se verá-, sua essência é recheada de critérios próprios do Estado Social e Democrático, como igualdade material, ponderação de direitos e obrigações fundamentais. Seu conteúdo lhe confere lugar mais próximo da razoabilidade do que dos custos.

Destaca-se, que a referida teoria ganhou uma maior projeção a partir de uma decisão emanada do Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 1972, conhecida como *numerus clausus*. O debate consistia no direito assegurado aos alemães em escolher livremente sua profissão, local de trabalho e lugar de formação, nos termos do art.12, §1º, da Lei Fundamental de Bonn, em face do art,17 da Lei Universitária de Hamburgo, bem como do art4º da Lei de Admissão às Universidades Bávaras, que limitavam as vagas para o curso de medicina.

No que concerne à teoria da reserva do possível, o julgador entendeu que embora os direitos fundamentais não sejam limitados em sua origem, os mesmos devem se adequar a uma reserva possível, que de fato pode ser exigido da sociedade. Destaca-se que esta decisão não foi isolada, tendo o Tribunal reiterado se entendimento em decisões posteriores, aplicando a referida teoria, pautada na racionalidade e na razoabilidade.

Para uma boa parte dos pesquisadores, é possível identificar três dimensões de aplicação da teoria da reserva do possível, como leciona Bolesina, Leal (p.92-93):

a primeira delas é a dimensão negativa, que trata especificadamente da razoabilidade da postulação [...] Como segunda, tem-se a dimensão fática, que diz respeito à falta de recursos (econômicos, humanos, entre outros) suficientes para a satisfação do (s) direitos (s). [...] a terceira dimensão é a dimensão jurídica que trabalha com a indisponibilidade de recursos, cujos exemplos mais corriqueiros são afetos à lei orçamentária ou ao próprio orçamento.

No que tange a primeira dimensão apresentada, observa-se que o eixo central não está vinculado a uma disposição orçamentária, mas sim, na proporcionalidade em resguardar um direito a um cidadão, em detrimento dos demais. Já na segunda dimensão, percebe-se que trata efetivamente da indisponibilidade de recursos para suprir o direito pleiteado. Por fim, a terceira dimensão trata de uma restrição orçamentária, no tocante à escassez como impossibilidade jurídica de dispor de recursos para determinada situação. Saliencia-se que esta última dimensão consiste

na escolha advinda do administrador ao gerir os recursos orçamentários.

Ademais, no que tange à configuração destas dimensões, observa-se que as mesmas podem ocorrer de forma isolada, bem como de forma concomitante face à proximidade estabelecida entre elas, no concernente a estreita relação, guardadas as devidas proporções.

Com relação à aplicação da referida teoria no Brasil, é possível observar determinada que há uma distorção, conforme ensina Bolesina, Leal (2013, p.94):

[...] a partir da difusão da teoria no sistema jurídico pátrio, a reserva do possível passou a ser, no mínimo, utilizada de modo diverso do original. Mais uma vez, vê-se que conceitos transplantados de outros sistemas jurídicos [...] devem guardar relação com suas características e limites, sem prejuízo da justa adequação quando incorporados no direito pátrio, observando-se o contexto próprio do ordenamento que os acolhe.

Incontroverso que diferentemente do que ocorre no Tribunal Constitucional Alemão, no Brasil, a reserva do possível aparece intimamente e quase que totalmente baseada em restrições econômicas e orçamentárias, sem qualquer abordagem no que concerne a razoabilidade e a proporcionalidade que constituem o eixo central da teoria originária. Desta forma, observa-se que a teoria utilizada aqui no Brasil, é a teoria da reserva do financeiramente possível.

Face esta distorção observada na invocação da teoria, tem-se a banalização da mesma perante os tribunais brasileiros. Neste sentido cumpre transcrever o que nos ensina Bolesina, Leal (2013, p.97):

atento a isso, o Supremo Tribunal Federal já advertiu que a reserva do financeiramente possível constitui a exceção no sistema jurídico brasileiro, somente podendo ser alegada quando acompanhada de prova objetivamente aferível acerca da escassez declarada. Significa dizer, em outros termos, que a reserva do financeiramente possível – que se equipara à dimensão fática de reserva do possível – somente irá vingar quando comprovadamente inexistirem recursos disponíveis ou quando esses recursos foram aplicados de maneira satisfatória e racional.

Por fim, cumpre estabelecer a possibilidade ou impossibilidade, de aplicação da teoria da reserva do possível em face da necessidade de satisfação do mínimo existencial. Conforme abordado anteriormente, quando falamos dos direitos que compõem o mínimo existencial, surge em nossas mentes, o significado de vital. Daí, têm-se como incompatível a aplicação da teoria da reserva do possível adotada pelo Brasil, no que tange a satisfação de um núcleo essencial que deve proporcionar a

possibilidade de uma vida condigna.

Desta forma, é de extrema importância que a aferição por parte do julgador, ao analisar uma demanda que busca o deferimento do mínimo existencial, busque a razoabilidade e a proporcionalidade, dentre outras fontes legais, diante do bem juridicamente protegido e a necessidade fática do postulante. Observemos o que bem nos coloca Bolesina, Leal (2013, p.99):

a questão que resta, aqui, é a de verificar se a necessidade postulada, apesar de integrar o mínimo existencial, é proporcional/razoável ou não, de ter sua satisfação executada pelo Estado considerando-se as singularidades do caso concreto diante da universalidade de pessoas em igual situação de necessidade.

Notadamente, a possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível, em face do mínimo existencial, será possível somente em casos isolados, em que reste configurada a desproporcionalidade do pedido proposto.

Lembremos que o mínimo existencial possui força constitucional e não poderá ser mitigado em detrimento da teoria da reserva do possível, adotada pelo Brasil, tendo em vista trata-se de uma prestação intimamente ligada com a prestação da dignidade humana, que é dever do Estado.

Salienta-se que o presente capítulo cuidou apenas de delinear um quadro geral do que atualmente vem acontecendo no cenário atual, no tocante à prestação do direito à saúde. Os próximos capítulos, diferentemente, cuidarão de analisar no âmbito judicial, quais as melhores soluções para que este referido direito, efetivamente, reste resguardado nos termos da Carta Magna.

### 3 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

#### 3.1 Inserção dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro

Incontroverso que o direito à saúde trata-se de um direito social prestacional, conforme já mencionado anteriormente no presente trabalho. No entanto, importante adentrar à questão da diferenciação da denominação dos direitos fundamentais, direitos individuais e direitos sociais, tendo em vista que no momento da positivação destes referidos direitos, face a inicial existência, era possível distingui-los mais facilmente do que atualmente.

Desta forma, faz-se imperativo traçar uma linha do tempo, para identificar cada geração destes direitos, bem como visualizar a interferência fática e histórica atribuída a cada geração.

Neste sentido, cumpre mencionar as gerações destes direitos, que identificam o lapso temporal da sua positivação. Como já é de conhecimento de todos, temos os direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração. No que tange aos direitos positivados e considerados como de 1ª geração, estes são os denominados direitos civis e políticos. Na inteligência de Queiroz, (2001, p.24):

a referência histórica desses direitos é a emancipação do indivíduo perante o Estado, o fim da sujeição do indivíduo a um ente estatal incontrolável por leis e incontrolado nos atos de seus governantes. Surgem com a ideia de direitos naturais que afirmam a existência de um espaço privado natural do indivíduo, que se conserva a despeito da criação de uma sociedade civil e de uma organização política pelo Pacto Social.

Os direitos de 1ª geração também são conhecidos como direitos individuais de liberdade. Inicialmente, os direitos humanos e fundamentais eram considerados como pré-existentes, inerentes à simples condição humana. Sendo que bastava que o Estado não interferisse nas relações privadas, permitindo o livre exercício das mesmas.

No entanto, esta conceituação transformou-se, a ideia não persistiu face às mudanças históricas e fáticas da nossa sociedade, bem como do Estado democrático de direito. Nestes termos, faz-se necessária a transcrição que bem leciona Queiroz, (2001, p.25):

difícil pensar hoje em exercício das liberdades que passem apenas pela inação estatal ou da sociedade, se não que esses direitos exigem também uma atuação, um agir do Estado e da sociedade que possibilite aos cidadãos

ter capacidade de exercício e gozo de suas liberdades.

No tocante aos direitos classificados como de 2ª geração, estes tiveram seu surgimento a partir da Revolução Industrial, face à premente necessidade, tendo em vista o agigantamento da industrialização e do mau uso da mão-de-obra por parte de quem detinha o “poder”. O Estado não viu outra saída, senão a positivação dos direitos sociais. Diferentemente da concepção dos direitos de 1ª geração, aqui se fazia necessária à intervenção estatal.

É possível perceber que houve algumas divergências com relação à solução proposta, havendo duas teses, como bem cita Queiroz (2011, p.31)

[...] duas concepções da seguinte forma: o socialismo propugnava pela igualdade efetiva entre os homens, no sentido de que todos tivessem igual autonomia para ser parte nas relações de trabalho; Igreja e socialistas moderados propugnavam apenas pela diminuição das desigualdades sociais, proporcionando melhor posição dos menos favorecidos.

Observa-se que os países ocidentais adotaram a tese socialista, buscando uma solução para os trabalhadores, e de forma inevitável, interferindo na liberdade empresarial que imperava até o momento, a fim de solucionar as referidas diferenças e desigualdades, tão presentes naquela época.

Outra ótica percebida com a positivação dos direitos sociais, foi a possibilidade de todos os indivíduos, independentemente da sua situação material, poderem gozar destas “liberdades” positivadas. Nota-se então, um grande avanço no tocante a busca e a efetivação da igualdade social.

Sinteticamente é possível observar que o contexto histórico efetivamente contribui para as referidas denominações e distinções, como menciona Queiroz (2011, p.32):

os direitos humanos e fundamentais individuais não são direitos de um contra todos, do indivíduo contra a sociedade, e os direitos humanos e fundamentais sociais não são direitos de todos contra um, não são da sociedade contra o indivíduo, mas tantos os direitos individuais como os sociais são parcelas fundamentais do que cada um pode exigir dos demais e parcelas fundamentais do que cada um tem como dever de prestar aos demais.

Diferentemente do que ocorria anteriormente, hoje se torna impossível distinguir de tal forma estes direitos, tendo em vista que os mesmos se confundem no cenário jurídico atual. Há que se destacar que não há liberdade, se não há como gozar dela. É necessária a efetiva atuação estatal para que haja esta liberdade oferecendo

condições mínimas. Seguindo esta lógica, nos ensina Sarlet, Timm (2010, p.108):

sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não têm como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

Salienta-se ainda, que estamos tratando de normas positivadas na Carta Magna de 1988, sendo que as mesmas devem servir como base de aplicação para todos os poderes, com intuito de preservar os direitos ali positivados. Neste sentido, cumpre transcrever o que nos ensina Moller (2011, p.34):

as normas constitucionais, mesmo as diretivas e programáticas, devem orientar a atuação de todos os poderes estatais, permitindo que, em alguns casos ou situações, possam ser aplicadas diretamente, tanto no aspecto negativo – controle de constitucionalidade de outras normas infraconstitucionais -, mas também de forma afirmativa, seja ara orientar algum posicionamento interpretativo, seja para servir de fundamento para deferimento de uma prestação individual.

O agigantamento das demandas neste sentido, possibilita-nos observar a dificuldade que se tem de bem identificar a atribuição de cada poder, sendo necessário que os julgadores ao exercerem este controle, estabeleçam parâmetros de razoabilidade, a fim de evitar que haja intervenção na seara de outro poder. No entanto, não se pode de forma alguma permitir a perpetuação da injustiça. Tornando-se necessária à implementação de programas para que efetivamente sejam disponibilizados estes direitos positivados, como veremos a seguir.

### **3.2 Separação dos poderes e controle jurisdicional**

A partir da criação de normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais, cumpre à Administração Pública uma série de deveres que comportam ações positivas por parte da mesma, consistindo inclusive em prestações materiais e na implementação de programas eficientes, proporcionando o efetivo acesso a estes direitos fundamentais sociais prestacionais. Neste sentido, bem ensina Queiroz (20011, p.131):

como a criação de instituições, por normas, é um dever-meio de realização dos direitos fundamentais sociais prestacionais, visto que os sujeitos de

direito têm seu direito subjetivo ao objeto próprio dos direitos, independentemente de interposição normativa dos poderes constituídos, já que os têm por um mandamento constitucional fundamental é a Administração Pública – órgãos e agentes do Poder Executivo- a encarregada primeira do dever de materializá-los, na forma de fornecimento aos sujeitos de direito da prestação que lhe é devida.

Após o delineamento da obrigação precípua no tocante à disponibilização de ações e programas efetivos de prestação à saúde, que visam à efetividade deste direito discutido no presente trabalho, cumpre de forma sucinta, mencionar alguns pontos específicos no que tange à necessidade de reformulação destas ações, tendo em vista que como é possível observar, há uma grande dificuldade por parte da Administração Pública em efetivá-las de forma eficiente.

No que concerne as estas referidas necessidades, Queiroz (2011, p.132), afirma:

a realização dos direitos fundamentais como um todo exige uma reestruturação da Administração Pública na sua forma de agir, devendo desenvolver políticas públicas capazes de atender, de maneira geral e igualitária, às necessidades fundamentais dos cidadãos.

Observa-se que no campo administrativo, a atuação da Administração Pública no que tange à implementação de programas e prestações materiais de efetivação dos direitos fundamentais sociais, consiste em um poder discricionário, visto que consiste na busca da melhor forma de implementação das referidas ações. Ademais, a discricionariedade consiste em uma função, uma competência cometida à Administração Pública para integrar um espaço normativo em aberto, segundo a vontade da lei (QUEIROZ 2011).

Ressalta-se ainda, que o poder discricionário não está vinculado somente à legalidade, mas também ao interesse público contido na norma regulamentadora, consistindo em um poder-dever por parte do Estado.

Conforme discorrido acima, verifica-se que a discricionariedade comporta as ações por parte do Estado. Diferentemente das omissões administrativas, que são ainda mais graves no tocante ao direito à saúde. Desta forma cumpre ao Poder Judiciário intervir nesta relação, tendo em vista que não há discricionariedade por parte do Poder Público em não agir. Leciona Queiroz (2011, p.145):

se a Administração Pública tem o dever de materializar os direitos fundamentais sociais prestacionais porque os indivíduos têm direito às prestações, o Judiciário também tem o dever, como poder público, de agir na concessão desses direitos quando omissivos os outros poderes.

Neste sentido, observa-se que o Poder Judiciário assume função de suprir a inércia do Estado em face das demandas, o que acarreta uma sobrecarga que pode ser observada atualmente nos nossos tribunais. Além disso, verifica-se que o Poder Judiciário assume o papel de ponderar as necessidades da população, face à impossibilidade orçamentaria do Poder Público.

Não raras vezes, verifica-se que o Judiciário acaba sendo acusado de substituir o Executivo em suas funções, face estas atribuições. No entanto, mister salientar que a função desempenhada pelo Judiciário consiste em um controle, diferente de substituição. Conforme citado anteriormente, a função precípua de assegurar o direito à saúde, dentre outras, é da Administração Pública. No entanto, como em todas as funções, é necessário que haja um controle externo, este realizado pelo Judiciário, fazendo constar que não consiste em infração à separação dos poderes.

No tocante à separação dos poderes, faz-se de extrema relevância transcrever o que nos ensina Queiroz (2011, p.147):

o princípio da separação dos poderes não pode funcionar como uma barreira intransponível a proteger omissões administrativas impeditivas da realização das prioridades fundamentais no campo prestacional sob a defesa de uma “reserva da administração”.

Conforme verificamos, o Poder Judiciário possui a atribuição de controlar as ações em desconformidade que impedem a suficiente prestação material dos direitos fundamentais sociais prestacionais, bem como as omissões neste sentido. Salienta-se que este controle, como já mencionado, não consiste em infração ao princípio da separação dos poderes, visto que cumpre ao Judiciário a guarda da Constituição Federal, exercida através do referido controle, e de outras tantas formas.

Para corroborar com a dissertação no tocante ao controle exercido pelo Poder Judiciário, faz-se necessário mencionar o que afirma Queiroz (2011, p.148):

negar o controle judicial dos atos e omissões administrativos no que respeita à realização dos direitos fundamentais, em especial à dos fundamentais sociais prestacionais, é negar o Estado de Direito, deixando sem resposta a seguinte questão: o que fazer no caso de atuação desconforma, insuficiente ou de não atuação arbitrária dos poderes politicamente conformadores? Se não há recursos jurídicos, ficando os indivíduos à mercê de se organizarem politicamente para a defesa dos direitos fundamentais sociais prestacionais, então é questionável sua inserção na Carta Constitucional.

Ainda, há que se mencionar que existem dois âmbitos a serem abarcados no exercício do controle jurisdicional das políticas públicas: formal e material. Além do controle processual exercido pelo Poder Judiciário, verifica-se a necessidade de um controle material no que se refere à construção de políticas públicas, que em determinados casos chegam à apreciação do Judiciário eivadas de vícios. Nestes termos, nos ensina Sarlet e Timm (2010, p.305):

com efeito, no caso do Brasil, é plenamente cabível o controle jurisdicional das políticas públicas quando se aventa a possibilidade de malferimento dos objetivos e princípios que orientam o Estado Social como dignidade da pessoa humana, solidariedade, redução das desigualdades sociais e regionais, proteção à maternidade, infância, etc.

De fato, um dos fatores de extrema relevância no que se refere ao controle exercido pelo Poder Judiciário, no tocante à prestação dos direitos fundamentais sociais, está na observância dos limites e garantias constantes na Constituição Federal, que devem servir como base e princípios para a referida atuação, tanto com relação à Administração Pública, como ao Poder Judiciário.

### **3.3 O Neoconstitucionalismo e sua aplicação nas demandas referentes ao direito à saúde**

São inúmeras as demandas ajuizadas por indivíduos que necessitam das mais diversas prestações materiais por parte do Poder Público. Podemos citar algumas, como: realização de procedimentos cirúrgicos, fornecimentos de medicamentos disponibilizados pela Administração Pública, no entanto não fornecidos, que consistem inclusive no controle de moléstias e um possível alargamento do período de vida do referido indivíduo, dentre outras situações peculiares, que conseqüentemente, por não disporem de tempo hábil para aguardar, utilizam-se do Poder Judiciário para buscar este direito, sob pena de padecerem com a própria vida.

Conforme já mencionado acima, verifica-se que havendo omissão ou má prestação de políticas públicas capazes de fornecer estes direitos positivados na Carta Magna de 1988, por parte da Administração Pública, cumpre ao Poder Judiciário intervir nesta relação, mediante provocação da parte lesada.

No entanto, face às inúmeras demandas ajuizadas, e a grande dificuldade que reside em solucionar um litígio onde procura-se o resguardo de um direito

fundamental, e de outro lado, se encontra extremas restrições orçamentárias do por parte da Administração Pública, o que impossibilita muitas vezes, a má ou não prestação destes direitos.

Desta forma, partimos para uma análise mais efetiva no tocante a atuação do Poder Judiciário que consiste em atuar de forma coerente. Ao mencionar esta referida atuação, faz-se de extrema relevância abordar alguns aspectos como a inserção do neoconstitucionalismo, uma tendência contemporânea, a fim de buscar um conjunto de fatores que têm o condão de contribuir para a busca da decisão mais acertada para as referidas demandas.

Assim, para que possamos partir de um ponto específico no tocante a compreensão do neoconstitucionalismo, cumpre transcrever o que nos ensina Moller (2011, p.43):

[...] parece-nos importante destacar o neoconstitucionalismo principalmente como um movimento jurídico que abarca grande parte das práticas judiciais do constitucionalismo contemporâneo e que aproximam ordenamentos jurídicos do *civil law* de algumas características do direito constitucional próprio do sistema *commom law*.

No presente trabalho, não será abordado de forma específica às diversas nuances no que se refere ao neoconstitucionalismo, até porque, se tornaria uma dissertação bastante extensa. No entanto, serão abordados alguns conceitos especificamente aplicados ao tema objeto do presente trabalho, demonstrando de que forma este movimento vem sendo aplicado, especificamente nas demandas que buscam a proteção do direito à saúde.

Faz-se necessário, mencionar que este movimento está pautado principalmente na possibilidade do magistrado buscar adequar à lei ao caso concreto, valorando o direito com a moral, fazendo parte do processo da busca da solução mais adequada.

No que tange a incorporação da moral neste processo, é de grande relevância a colocação de Moller (2011, p.107):

[...] ao admitir a moral como critério possível de validade, quando incorporada ao sistema pelos critérios definidos na regra de reconhecimento, a teoria incorporacionista acaba por oferecer uma explicação mais atual e coerente do conceito de direito frente aos ordenamentos jurídicos atuais, onde é frequente a presença de conteúdos abertos, e ao menos terminologicamente ligados a conteúdos da moral.

Notadamente, esta incorporação da moral no processo do controle jurisdicional, permite ao magistrado, buscar outras fontes e formas para solucionar litígios, que não são somente a lei. Buscando sempre, de forma razoável e coerente a fundamentação para as decisões emanadas do Judiciário. No entanto, há que se mencionar, que conforme veremos no último capítulo, para que as decisões estejam em consonância com o que a sociedade almeja, é preciso que alguns requisitos sejam cumpridos, a fim de que se tenha também um controle destas decisões proferidas com intuito de proporcionar uma maior segurança jurídica.

Dentre outras situações, o neoconstitucionalismo permite a adequação das decisões às inúmeras transições experimentadas no âmbito social. Esta dinamização, exige que as normas se tornem mais flexíveis, possibilitando a análise do caso concreto para a busca da mais adequada solução. Frente às peculiaridades existentes nas demandas propostas neste sentido, inegável a contribuição existente na utilização do referido sistema jurídico. Neste sentido, leciona Moller (2011, p.183):

diante dessa impossibilidade semântica de acompanhar tamanha diversidade de avanços sociais com repercussão nos direitos fundamentais, somente uma estrutura mais aberta da norma, com mais espaços à atividade interpretativa, permite uma melhor proteção no caso concreto de lesões a direitos por parte de normas que não ensejam, *a priori*, uma inconstitucionalidade se consideradas seu enunciado geral.

Percebe-se que esta necessidade de se ter normas mais abertas, consiste na busca de uma segurança jurídica maior, principalmente no que tange às decisões emanadas pelo Judiciário, tendo em vista que há a possibilidade de adequação ao caso concreto. Facilitando desta forma, a atuação do magistrado de forma equânime e perceptível às diferentes nuances de cada caso sujeito a sua apreciação.

Tendo em vista a limitação experimentada pelo legislador nesse sentido, importante ressaltar que o mesmo na sua atividade legiferante está adstrito aos preceitos constitucionais. No entanto, a admissão de outras fontes do direito, além da lei propriamente dita, possibilita ao magistrado exercer um papel único de adaptação à complexidade social frente às dificuldades experimentadas no tocante à deficiente prestação ao direito à saúde.

Ademais, nota-se que em situações em que a fonte única do direito é a lei, concentra-se nas mãos do legislador o “poder” de decidir, deixando de ser um modelo efetivo de resolução de conflitos, face essa concentração que não mais supri à

proteção dos direitos no cenário social atual.

Desta forma, imperativo constatar que o neoconstitucionalismo, contribui de forma efetiva na análise de casos concretos, possibilitando aos magistrados uma maior flexibilidade na busca da mais adequada e ponderada decisão, em demandas que envolvam tanto a má prestação material do direito à saúde, como também a omissão por parte da Administração Pública.

Finalmente, cumpre analisar o entendimento atual e a forma como o Poder Judiciário vem efetivamente realizando este controle. Sabe-se que toda decisão judicial deve ser motivada, a fim de evitar-se arbitrariedade, demonstrando o sentido lógico-racional da mesma. Nestes termos, no ensina Queiroz (2011, p.167):

a justificação das decisões judiciais assume um papel de fundamental importância no Judiciário quando da tomada de decisão que envolve a materialização dos direitos fundamentais sociais prestacionais pelo Executivo, pois explicita as razões, constitucionalmente, do controle exercido. Além disso, exige-se que as omissões sejam justificadas, as razões apresentadas, a fim de fazê-las passar pelo critério de avaliação e aceitação. Mas para tanto, requer-se imprescindível a existência de direitos subjetivos imediatos às prestações objeto destes direitos, visto que a partir se colocarão os casos jurídicos.

Destarte, havendo a necessidade de controle de um direito subjetivo positivo, por ação ou omissão do Poder Executivo, cabe ao Judiciário questionar porque tal ato se deu daquela forma, sempre atentando para objeto da demanda, qual seja um direito fundamental social.

Salienta-se, que no que tange à função do Poder Judiciário, cumpre ao magistrado aplicar as normas contidas na Constituição, além de buscar outros meios de aferir a melhor solução, no entanto, sempre avaliando a constitucionalidade, que deve estar em consonância com os atos exercidos, produzindo na maioria das vezes efeito entre as partes.

Já com relação à função desempenhada pelo Poder Legislativo, percebe-se que este depende de atos executórios para que consiga chegar ao resultado final. Cumpre então, à Administração Pública a implementação de programas eficientes para a prestação material de serviços destinados à saúde pública. Ou seja, incontroverso que para a eficiente promoção dos direitos fundamentais sociais, haja a efetiva realização de políticas públicas.

Nesta seara, não há como não mencionar que tal implementação gera um custo efetivo para à Administração Pública. Percebe-se ainda, que com o aumento

desenfreado da população brasileira em condições de miserabilidade, a demanda se torna cada vez mais desproporcional às possibilidades orçamentárias do Estado. Havendo a necessidade que o agente público faça escolhas de alguns direitos a serem resguardados em detrimento de outros. Cumpre transcrever o que nos ensina Sarlet, Timm (2010, p.107):

dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente e poderão mesmo não chegar sequer avançar minimamente.

Desta forma, o conflito a ser apreciado pelo Poder Judiciário não se demonstra simples, muito pelo contrário, trata-se de questões por deveras complexas, que exigem a instrução minuciosa e a aplicabilidade de normas e princípios constitucionais norteadores na busca da dignidade humana, além da fonte legal.

Ainda, neste âmbito do controle exercido pelo Poder Judiciário, cumpre identificar quais os objetos podem ser alvo de controle jurisdicional e da mesma forma quais as modalidades de controle existentes. Para melhor identificar a assunto abordado, cumpre transcrever o que bem nos ensina Sarlet, Timm (2010, p.116):

[...] *(i) a fixação de metas e prioridades* por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; em concreto será possível cogitar o controle *(ii) do resultado final esperado* das políticas públicas em determinado setor. No segundo grupo é possível controlar ainda três outros objetos: *(iii) a quantidade de recursos a ser investida*, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; *(iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público*; e *(v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos* destinados a determinada finalidade. (Grifo no original)

Após a identificação dos objetos e das modalidades, cumpre abordar sinteticamente cada item, a fim de proporcionar uma melhor compreensão.

O primeiro objeto consiste na fixação de metas, a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo, no que tange à disponibilidade orçamentária, face à implementação de políticas públicas em direitos fundamentais sociais. Já o segundo objeto, se refere ao resultado esperado com relação à referida matéria.

Com relação a estes dois objetos, faz-se necessária atentar para o que leciona Sarlet, Timm (2010, p.117):

[...] assumem como pressuposto que há resultados esperados – e exigíveis – das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. Tais políticas,

portanto, não constituem um fim em si mesmo e, mais que isso, a escolha dos fins que elas devem alcançar não está inteiramente à disposição dos Poderes Executivo e Legislativo.

Para uma melhor compreensão, cumpre exemplificar de forma hipotética como podemos identificar os objetos citados acima. No caso de fornecimento de medicamentos para o tratamento o controle de determinada moléstia por parte do Estado, identifica-se o primeiro objeto. No entanto, a sua não disponibilização constitui o segundo objeto, passível de controle jurisdicional que consiste em o magistrado determinar o fornecimento do referido medicamento.

Embora pareça simples a medida tomada, quando estamos tratando de recursos limitados, esta medida se torna por vezes inviável diante da demanda existente. Posteriormente abordaremos novamente este ponto.

No que diz respeito ao terceiro objeto acima mencionado, trata-se da quantidade a ser investida em direitos fundamentais, conforme disciplina a Constituição Federal, mais especificamente nos seus artigos 198, §2º, e 202. No entanto, em determinadas situações, faz-se necessária à aplicação de outros parâmetros, como por exemplo, uma relação de prioridade. Vejamos o que nos ensina Sarlet, Timm (2010, p.119):

pode ser juridicamente consistente, por exemplo, sustentar que os gastos com publicidade governamental não poderão ser superiores aos investimentos com saúde e educação, uma vez que necessidades importantes de tais áreas sofram com carência de recursos, ou que os gastos públicos com eventos culturais (*e.g., shows*) não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental, média, etc.

O quarto objeto passível de controle consiste na verificação das metas estabelecidas pelo Poder Público, na implementação de políticas públicas. No entanto, verifica-se que neste caso, é necessário que o princípio da publicidade utilizado no âmbito do Direito Administrativo seja observado, a fim de se tornem públicas as estatísticas de atingimento, das mencionadas metas. Para uma melhor compreensão deste controle, cumpre transcrever o que bem ensina Sarlet, Timm (2010, p.121):

o controle que se pretende aqui é instrumental e, a rigor, seu objetivo central é obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público e o controle social do tema. Trata-se de um pedido de prestação de contas, cabendo ao Poder Público explicitar o cumprimento da meta que havia

estabelecido ou justificar suas opções.

Neste ponto ainda, observa-se um enfrentamento pontual. Tendo em vista que o nosso cenário político atual fundamenta-se em metas extraordinários e promessas infundadas. Não raras vezes nos deparamos com propostas incongruentes, e porque não, inviáveis face à realidade social e orçamentária do nosso país. Desta feita, por vezes estabelecer este controle torna-se bastante difícil. Vejamos a posição neste ponto específico de Sarlet, Timm (2010, p.122):

em um Estado democrático, o natural seria que os candidatos apresentassem propostas concretas e metas para aquilo que identificam ser os problemas do país e os meios factíveis de realiza-las, oferecendo ao eleitor dados que pudessem ser avaliados racionalmente [...]

Finalizando, cumpre ressaltar que o referido controle não pretende interferir na formulação das políticas públicas, mas sim racionalizar a reponsabilidade existente no cumprimento de metas estabelecidas no tocante aos direitos fundamentais.

O quinto e último objeto a ser abordado, consiste na verificação da eficiência mínima da aplicação de recursos públicos destinados aos direitos fundamentais. Incontroverso que o instituto da eficiência está intimamente ligado ao Poder Público, inclusive através da Cata Magna de 1988. Neste sentido ensina Sarlet, Timm (2010, p.124):

a possibilidade de controle da eficiência mínima das políticas públicas, antes de outros desenvolvimentos maiores e mais aprofundados, envolverá sobretudo o aspecto da economicidade, de modo a verificar o emprego adequado dos recursos ao contexto das políticas públicas direcionadas (ou supostamente direcionadas) à realização dos direitos fundamentais.

Para concluir acerca dos objetos passíveis de controle jurisdicional, cumpre ressaltar que os dois primeiros interferem de forma direta no conteúdo propriamente dito das políticas públicas. Enquanto os três últimos, cuidam de forma indireta, mais não menos importante no tocante à projeção de dados públicos, possibilitando o acesso e o debate social.

Derradeiramente, cumpre analisar as modalidades de controle, quais sejam: individual, coletivo e abstrato.

Irrefutável que as ações de caráter coletivo a abstrato produzem efeitos muito mais abrangentes, trazendo vantagens para o sistema jurídico na aplicação do texto

constitucional. No entanto, verifica-se que o controle mais usual no nosso país é o controle individual, principalmente no que se refere ao controle do resultado esperado das políticas públicas.

De outra banda, no tocante ao controle da fixação de metas por parte do Poder Público, nos ensina Sarlet, Timm (2010, p.130):

[...] parece difícil visualizar a discussão do tema no âmbito de ações individuais, tendo em conta a atual situação dogmática do processo civil relativamente à legitimação ativa. As ações coletivas poderão ser uma sede adequada para essa discussão.

Com relação ao controle da quantidade de recursos a ser investida pelo Poder Público, o atingimento ou não de metas fixadas pelo mesmo e a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos, obtêm um melhor espaço de discussão nas ações coletivas. Até mesmo pela questão da legitimidade ativa nas referidas ações.

Conclui-se desta forma, que sem prejuízo das ações individuais, as ações coletivas e abstratas, abarcam de forma mais específica os debates que envolvem políticas públicas, produzindo efeitos de maior amplitude. No entanto, salienta-se que a referida temática não será abordada de forma específica no presente trabalho.

Destarte, finalizadas as considerações acerca do controle jurisdicional, bem como os objetos passíveis deste mesmo controle, cumpre adentrarmos ao próximo capítulo que cuidará de abordar um tema bastante delicado no âmbito judiciário, qual seja, o controle das decisões judiciais, especificamente no que tange às políticas públicas.

## 4 A POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

### 4.1 Introdução ao estudo do direito

Inicialmente, o presente trabalho cuidou de apreciar os aspectos da positivação do direito à saúde como um direito fundamental social, bem como a competência da Administração Pública em prestá-lo de forma que todo aquele indivíduo que dele necessite, possa gozá-lo. Ainda, a possibilidade de no caso de eventual inércia por parte do Estado, nos limites constantes na Carta Magna de 1988, o Poder Judiciário possa apreciar e suprir determinadas demandas, através de ajuizamento de lides individuais ou coletivas.

Derradeiramente, cumpre analisar o que pode ser considerado como a solução do objeto central do presente trabalho, qual seja a forma mais adequada de controle judicial no tocante às políticas públicas no concernente ao direito à saúde.

Destarte, é incontroverso que a judicialização é o “último” meio de buscar um direito que embora seja positivado através da Constituição Federal Brasileira de 1988, encontra uma série de limitações no tocante a sua efetivação. Assim, é de grande valia que se analise precipuamente a maneira como Poder Judiciário vem cuidando de julgar as referidas lides, para que analisemos quais barreiras que se opõem a efetiva prestação e suprimento destas demandas.

Preambularmente, cumpre analisar alguns posicionamentos no tocante à consistência das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, no que se refere a má prestação ou da não prestação material do direito à saúde pela Administração Pública. Para tal serão utilizados conceitos e teorias constantes da obra: *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*, de Guilherme Valle Brum (2014), que se baseia nas teorias de Mac Cormick e Dworkin.

Desta forma, torna-se indispensável estabelecermos a diferenciação básica e de forma breve, tendo em vista não consistir no objeto central da pesquisa, às formas estabelecidas de interpretação do direito e no que as mesmas consistem, para uma posterior análise das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Desta feita, serão conceituados o realismo jurídico, jusnaturalismo e o juspositivismo. No que concerne ao realismo jurídico e ao jusnaturalismo, vejamos o que ensina Brum (2014, p17-19):

[...] para o realismo, a nota definitiva do Direito está na sua eficácia, ou seja, o que o define é o comportamento efetivo das pessoas pertencentes a uma determinada comunidade. Trata-se de um conceito sociológico de Direito. Para o jusnaturalismo, por seu turno, o critério de juridicidade reside na justiça: só é Direito o que for justo.

Observa-se que no realismo jurídico, há uma descrição avaliativa do direito em face da realidade. Existem correntes que afirmam inclusive que o direito estaria nos contratos, nas relações sociais. E outra corrente majoritária, que admite que o direito está descrito nas decisões judiciais. Por outro lado, o jusnaturalismo considera que o direito deve ser a existência de normas naturais, ou seja, independe da vontade dos homens.

No tocante ao juspositivismo, observemos o que nos ensina Brum (2014, p.18):

o paradigma do juspositivismo rejeita essas duas ideias: a do realismo porque, ao se definir “aquilo que é eficaz”, resvala-se para o arbítrio e a sua conseqüente imprevisibilidade, e a do jusnaturalismo porque para se chegar “aquilo que é justo”, deve-se invariavelmente passar pelo subjetivismo e incerteza provenientes da multiplicidade de concepções de justiça. [...] Afinal, uma vez rejeitadas a justiça e a eficácia como critérios possíveis, o que, para o positivismo, pertence ao ordenamento jurídico? A resposta é direta e simples: aquilo que é *válido*. A validade, portanto, é a norma distintiva. [...] É o próprio direito, pois, que determina quais são as normas válidas, sendo então o Direito, e não o comportamento dos homens ou seus ideais de justiça, que diz o que é ou não *jurídico*. (grifo no original)

Desta forma, podemos afirmar que para o juspositivismo o direito está constante na norma jurídica, e deve ser analisado materialmente pelos operadores do direito. Ou seja, há uma análise formalista, pouco importando o conteúdo da norma, mas sim a validade da mesma. Ressalta-se que o referido modo interpretativo produziu forte influência no âmbito jurídico brasileiro, e nutre diversos debates até hoje. No entanto, diante da notável importância deste movimento, têm-se teorias pós-positivistas que pretendem o aprimoramento do mesmo.

Destarte, o presente trabalho não cuidará de analisar as referidas teorias, apenas se faz necessária a referida conceituação para uma melhor compreensão do eixo principal, qual seja o conteúdo das decisões judicial que cuidam de suprir uma atividade omissa ou precária por parte do Estado, no tocante a prestação do direito à saúde. Nesta seara, há que se mencionar o que leciona Brum (2014, p.27):

boa parte dos autores que formam a doutrina brasileira o controle judicial de políticas públicas deposita grande confiança na atuação do Poder Judiciário para realizar esse controle, atuação que se fenomenalizaria por meio de

interpretação de princípios e valores constitucionais que incorporam cânones de moralidade abstrata como justiça social, justiça distributiva, igualdade, interesse público, mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, mas deixa de trabalhar com um problema central do juspositivismo: o não enfrentamento da questão da *discricionariedade judicial* acarretada pela inerente indeterminação do Direito. (Grifo no original)

Como visto anteriormente, no âmbito da prestação material por parte do Estado, face às dificuldades já mencionadas, é de extrema importância que seja utilizada a discricionariedade por parte do ente público, consistindo em um dever diante do que disciplina a Constituição Federal. Nesta seara, observa-se que atualmente, os julgadores que também possuem competência para suprir a não prestação ou a má-prestação por parte da Administração Pública, no tocante aos direitos fundamentais, exercem uma discricionariedade desenfreada, baseando suas decisões somente em valores morais e princípios.

Salienta-se que ambas as fontes podem ser utilizadas para basilar decisões, no entanto, não podem servir de fundamentação dentro do âmbito do poder discricionário conferido aos julgadores, sob pena de arbitrariedade por parte destes. Cumpre transcrever o que leciona Brum (2014, p.310):

a discricionariedade judicial agasalhada pela doutrina de políticas públicas – mesmo bem intencionada, como acredito que seja – equivale àquela de “sentido forte” descrita por Dworkin, a qual redundando em um agir arbitrário. E o arbítrio ainda que “prudente”, não pode ser, [...] a melhor solução para os problemas de (in) suficiência de políticas públicas, problemas para os quais não temos respostas fáceis. (Grifo no original)

Diante da complexidade envolvida no controle judicial de políticas públicas, percebe-se que esta discricionariedade conferida aos julgadores, causa uma indeterminação no tocante aos limites impostos na função de supri-las, impossibilitando a delimitação da atuação dos julgadores.

Tendo em vista que o presente trabalho consiste em analisar pontos específicos ligados às políticas públicas no âmbito do direito à saúde, faz-se necessário mencionar o entendimento acerca da concretização do mínimo existencial, conforme nos ensina Bolesina, Leal (2013, p.101):

a concretização do mínimo existencial (assim com seu reconhecimento em algumas hipóteses) tende a ser tarefa complexa que equaciona inúmeras variáveis, nem sempre concretas e amistosas entre si. Daí por que a resolução desta situação deve dar-se do modo mais diligente possível, evitando-se arbitrariedades, abusos ou insuficiências lesivas à dignidade

humana de um ou de muitos, [...]

Incontroverso que a tarefa de concretizar por meio judicial, demandas relativas às políticas públicas, e aqui falando principalmente as que envolvam o direito à saúde, são de altíssima complexidade. Neste contexto, salienta-se que da mesma forma que falamos em democracia com relação aos poderes Executivo e Legislativo, podemos afirmar que o Poder Judiciário, embora comumente não se entenda que possa ser democrático, no âmbito do controle das polícias públicas, o mesmo possui grande possibilidade de exercer a referida democracia.

Com relação à possibilidade da democracia ser exercida no âmbito do Poder Judiciário, faz-se de extrema importância atentar para o que bem nos explana Moller (2011, p. 195):

a aceitação dos representantes eleitos a partir do ponto de vista da teoria elitista, ou seja, como autoridades aptas a tomar decisões políticas que alcançaram tal grau através da investidura pelo voto; constitui forte argumento legitimador do poder dos juízes nos sistemas que adotam um controle difuso de constitucionalidade, porquanto equilibra de certa forma as posições sobre o modelo de organização constitucional. Se reconhecermos que o parlamentar não representa necessariamente os interesses de seus representados, mas suas decisões devem ser respeitadas porquanto é uma autoridade legitimamente investida no exercício de suas competências constitucionalmente determinadas; o mesmo se pode dizer do juiz que exerce o controle dos atos legislativos.[...]

Nos mesmos termos, prossegue Moller (2011, p.195):

[...] ambos são autoridades dotadas de competência, mas que apresentam uma diferença de acordo com a forma de investidura (e, por isso, o juiz tem o ônus da fundamentação, o que não ocorre com o parlamentar).

Atualmente, vivemos uma grande crise democrática, tendo em vista os escândalos de corrupção que vêm à tona diariamente, bem como a má prestação de serviços públicos essenciais, dentre outras situações. Pois bem, diante desta referida crise democrática, deposita-se na “mão” do Poder Judiciário, a esperança de democracia. Esta que poderá ser efetivada se resguardadas as devidas proporções, obtivermos uma atuação legítima e despida de interesse políticos, consistindo em decisões democráticas, que possibilitem a atuação de todo e qualquer cidadão que vislumbra seus direitos fundamentais não resguardados, em infração ao texto constitucional.

Nestes termos, é de suma importância transcrever as colocações feitas por Bolesina, Leal (2013, p.107-108):

não se está a defender que o Poder Judiciário é moralmente melhor, mais democrático ou mais apto que os demais Poderes, pois se sabe que ele pode ser altamente arbitrário e não democrático. O que se quer dizer é que a abertura da jurisdição (constitucional) para a participação democrática, aliada à possibilidade da formação de intérpretes diversos do texto constitucional. Além de afiar os compromissos constitucionais, se presta para valorizar o pluralismo e a coexistência em sociedade. Ao mesmo tempo, corrobora-se a legitimidade da jurisdição constitucional, no exercício de defesa de direitos fundamentais e da democracia – que tendem a ser aproximados – porém, agora, com novo auxílio da participação popular para o exercício de sua função de guardião dos valores constitucionais.

Após identificarmos que o Poder Judiciário é competente para exercer o controle de políticas públicas, de forma democrática, cumpre adentrarmos no próximo subcapítulo que cuidará de analisar a concretização do direito à saúde, e o seu alcance, através do controle exercido pelo Poder Judiciário.

#### **4.2 Concretização do direito à saúde através do controle judicial**

Inicialmente, faz-se necessária a distinção entre o controle judicial subjetivo individual no tocante ao direito à saúde, e o controle de políticas públicas no âmbito do direito à saúde. Embora o presente trabalho aborde ambas as situações, inicialmente é de suma importância estabelecer as suas distinções, tendo em vista haver possibilidade de confusão no tocante às mesmas.

No que concerne ao um direito subjetivo individual a uma prestação material envolvendo o direito à saúde, podemos citar um exemplo corriqueiro, qual seja, o não fornecimento de medicamento autorizado pela Administração Pública a um indivíduo, por razões de ausência de recursos orçamentários, por exemplo. Neste caso, estamos diante da necessidade do indivíduo, após efetuar diligências administrativas com o intuito de suprir a referida necessidade, e não obtendo êxito, aforar uma lide para que o Poder Judiciário compile à Administração Pública a fornecer-lhe tal medicamento. Nota-se aqui, que já existe uma política pública que tem por escopo a prestação material de determinado medicamento, no entanto, a mesma não vem sendo cumprida.

De outra banda, ao falarmos em controle judicial de políticas públicas, nos dirigimos a uma situação que demande uma implementação por parte do Estado,

tendo em vista a sua inexistência. Podendo de tal maneira, ser suprida através do ajuizamento de uma ação civil pública, por exemplo, que visa oportunizar determinado tratamento por parte do SUS aos cidadãos.

Salienta-se ainda, que no caso de controle de demandas de políticas públicas, têm-se um caráter universal, ou seja, a decisão deverá atingir a todos que necessitem de amparo naquela determinada situação. Neste contexto, cumpre descrever o que leciona Brum (2014, p.36):

[...] mesmo que a ação fosse ajuizada para beneficiar apenas uma pessoa (demanda individual), penso que ainda assim seria possível falarmos em judicialização da política pública. [...] as decisões judiciais devem obedecer o critério de universalizabilidade, de modo que um caso decidido de determinada maneira em favor de um indivíduo deverá ser decidido da mesma maneira para todos os outros indivíduos que estiverem em situação semelhante.

Destarte, estabelecida a diferenciação proposta acima, cumpre-nos citar alguns argumentos utilizados pelos Tribunais Superiores para que derradeiramente analisemos as consequências do controle judicial. Assim, inicialmente transcrevo um trecho que transmite a tendência das decisões proferidas pelo Judiciário, conforme Bolesina, Leal (2013, p.118-19):

a análise jurisprudencial revela que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça não desenvolveram de forma (muito) concreta um conceito de mínimo existencial ou, se desenvolveram, não expuseram de forma suficiente (clara) na argumentação. De um lado, o Supremo Tribunal Federal mostrou-se mais ativo (consciente ou não) buscando ou formulando um conceito do mínimo existencial. De outro lado, o Superior Tribunal de Justiça apareceu mais certo do que entenda por mínimo existencial, vinculando-a a vida condigna, apesar de não avançar mais objetivamente em um conceito e em um conteúdo mais fechado.

A escolha de citar o trecho acima se dá em razão de que o mínimo existencial está intimamente ligado ao direito à saúde, bem como a necessidade de implantação de políticas públicas. O que se pretende no presente trabalho é identificar de que maneira o Judiciário vem tratando estas questões, e de que forma pode-se estabelecer um controle, caso se vislumbre decisões carentes de fundamentação, provenientes de posturas arbitrários por parte dos julgadores.

Observa-se que o conceito de mínimo existencial utilizado nas decisões judiciais carece de determinada delimitação, ou seja, percebe-se uma ausência de fundamentação por parte dos julgadores, que utilizam o referido conceito, que por

vezes surge como mero preenchimento de lacunas nas decisões.

As demandas que envolvem a temática abordada no presente trabalho, além de possuírem um núcleo de alta complexidade, demandam uma fundamentação coerente em face de estarmos diante de questões fáticas e interpretativas opostas, porquanto de um lado tem-se a necessidade premente de resguardo de um direito fundamental, e de outro uma restrição em prestá-lo.

A necessidade de justificação das decisões, não se atrela apenas a complexidade das referidas demandas, mas também, ao instituto de universalidade, com o condão de não ferir a isonomia formal. Par uma melhor compreensão, vejamos o que nos ensina Brum (2014, p.106):

[...] as decisões judiciais devem ser universalizadas, de modo que o magistrado deve tomar apenas as decisões que aceite aplicar em casos vindouros análogos, sob pena infringência ao princípio constitucional da isonomia formal. [...] É certo que as circunstâncias de cada caso indicarão o caminho. Porém há – evidentemente – critérios a orientar essa caminhada, que não poderá ser arbitrária. Critérios esses, pois, que delimitarão o âmbito da discricionariedade judicial. MacCormik chama-os de “Três Cs”: coerência, consistência e consequência.

A teoria de MacCormik dos “Três Cs” foi muito bem utilizada por Brum, no âmbito do controle de políticas públicas. Embora o tema objeto do presente trabalho consista no direito à saúde, considero de grande relevância utilizar a mesma teoria na visão estabelecida pelo segundo autor, tendo em vista a correlação com o tema abordado no tocante ao controle judicial das políticas públicas.

Destarte, cumpre mencionar às consequências relativas às decisões judiciais, segundo MacCormik (2006), citado por Brum (2014,p.107):

[...] como a justificação se dá por meio da demonstração do motivo pelo qual a decisão deveria favorecer um lado em vez de outro, as consequências pertinentes são as da deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra, não simplesmente os efeitos específicos da decisão específica sobre as partes consideradas individualmente.

Pode-se dizer que as consequências das decisões judiciais estão intimamente ligadas a universalidade das mesmas, ou seja, como aquela decisão poderia implicar nos demais casos que envolvessem a mesma temática. Cumpre transcrever o que leciona Brum (2014, p.107):

[...] não podemos perder de perspectiva que as consequências da deliberação devem ser consideradas pelo juiz não apenas como os olhos para a lide de que cuida, mais universalmente. O que sua decisão provocaria no mundo fático se fosse universalizada? [...]

Nota-se que o fenômeno do consequencialismo, além de atentar para universalidade das decisões, admite uma ponderação de critérios jurídicos, bem como de interesse público. Destaca-se ainda, que as consequências das decisões compõe apenas uma face da teoria que perfectibiliza as decisões em face da realidade fática existente, como assim denominarei no presente trabalho, atentando para o controle da discricionariedade no âmbito jurídico.

Ainda no tocante ao consequencialismo, cumpre trazer a definição de MacCormick, citado por Brum (2014, p.112):

[...] o que eu chamo de Direito da argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da decisão que está sendo considerada.

Observa-se que o conceito citado acima, possui um grau de materialidade bastante forte, tendo em vista consistir em avaliar a conduta possível, em face da normatividade. Não se fala aqui apenas em meros conceitos inaplicáveis nas situações fáticas, mas sim, num fenômeno que consiste em melhorar a aplicabilidade das decisões. Com relação a aplicabilidade ou mesmo a dificuldade de aplicabilidade do referido fenômeno consequencialista, cumpre transcrever o entendimento de Brum (2014, p.114):

se não for possível, por algum motivo, aferirem-se as hipóteses de consequências, o magistrado deverá argumentar nesse sentido, de modo a convencer as partes do porquê não lhe foi possível realizar a tarefa, justificando, portanto, os motivos que levaram a uma fundamentação decisória sem análise consequencialista. Desse modo, mesmo que não possa realizar a aferição das consequências, o magistrado não deixou de pronunciar-se sobre o problema, defendendo seu ponto de vista, o que implica redução de sua discricionariedade.

Ou seja, o entendimento de Brum face à teoria consequencialista, nos ensina que de qualquer forma, faz-se necessária uma justificação por parte do magistrado, inclusive em não localizar argumentos possíveis para a aplicação da referida teoria. Traduzindo desta forma, um controle da sua discricionariedade.

É justamente este o ponto crucial que se busca com o presente capítulo.

Buscar a aplicabilidade destes três elementos: consequência, coesão e coerência, de forma a adequar a discricionariedade, muitas vezes distorcida em seu real sentido.

Para finalizar o ponto referente às consequências das decisões judiciais, vejamos o que leciona Brum (2014, p.116):

a resposta judicial, portanto, terá necessariamente de ser formulada em termos jurídicos, de modo que os princípios ou valores que interessarão para o teste consequencialista serão aqueles resultantes da interpretação dos precedentes, da Constituição e das leis, mediante uma reflexão sobre o Direito com uma ordem normativa dotada de coerência. Há, além disso, uma conexão direta com o universalismo da justiça formal, pois esse exercício exige que a decisão possa ser, ao menos implicitamente, universalizada e comparada qualitativamente com as consequências de uma outra possível proposição universal que lhe seja rival.

Ademais, às consequências das decisões a serem aferidas pelos julgadores, possuem uma carga universalista que consiste em estabelecer uma justificação no âmbito do Direito, buscando posterior aplicabilidade em outros casos fáticos que tendem a surgir no mesmo sentido.

Após estabelecer os limites e a precípua finalidade das consequências das decisões judiciais, cumpre adentrar no segundo item abordado por Brum, qual seja o fenômeno da coerência. Vejamos.

No que tange a coerência das decisões, a mesma está intimamente ligada à atuação interpretativa do magistrado, que deverá estabelecer limites no que concerne ao material a ser utilizado para a construção de uma decisão harmônica delineada pela coerência. Nestes termos, há que se destacar qual a principal função dos princípios no tocante a fundamentação das decisões judiciais. Para uma melhor compreensão, vejamos o que nos ensina Brum (2014, p.125):

conjuntos de regras podem, pois, ser de tal natureza que todas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, um princípio, podendo ser consideradas como manifestações mais concretas ou específicas dele. Desse modo, quando estamos em dúvida acerca do correto significado de uma norma em um contexto determinado, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a fixar um sentido para ela, bem como explicar por que se considera válido aderir a essa norma.

Ademais, os princípios possuem uma carga justificatória ampla, no entanto, não se bastam sozinhos. Daí, a função dos magistrados em identificar de que forma os princípios dão sentido a uma norma, adequando-os dentro dos casos concretos. Neste ponto, cumpre-nos aclarar os conceitos de regra e de princípios para que se

obtenha a real distinção e função de cada um deles no nosso ordenamento jurídico. Para tal, cumpre transcrever o que leciona Alexy (2011, p.87):

[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê que todo preso tem o direito de converter outros presos à sua crença. Segundo o critério de generalidade, seria possível pensar em classificar a primeira norma como princípio, e a segunda como regra.

Além da distinção estabelecida por Alexy no grau de generalidade entre regra e princípio, é possível destacar que o princípio norteia que algo seja decidido dentro das possibilidades jurídicas e fática de cada caso. Com relação às regras, estas não permitem uma atuação diferente do que traduzem. Ainda, com relação a esta distinção, para esgotar o referido assunto, tendo em vista que o mesmo não constitui o objeto central do presente trabalho, cumpre transcrever o entendimento de Alexy (2011, p.90-91):

princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve ser exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. [...] Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (Grifo no original)

Retornando ao eixo central, cumpre-nos entender qual é a função desempenhada pelos princípios em face da justificação apresentada pelo julgador, que deve impreterivelmente estabelecer uma visão coerente no âmbito do Direito. Nestes termos, nos ensina Brum (2014, p.126):

a função do princípio, nesta contextura, será a de determinar “a faixa legítima de considerações justificatórias” a serem apresentadas pelo julgador. Não fornecerá, pois, sozinho, uma resposta conclusiva. O argumento à luz da coerência deve ser processado então da seguinte maneira. O juiz faz uma investigação sobre princípios ou valores que, na medida do possível, dão sentido a um conjunto de normas jurídicas e precedentes candidatos a incidir na espécie.

Destarte, é incontroverso que a integridade deve estar arraigada nesta

interpretação feita pelos julgadores, de modo a proporcionar uma maior segurança jurídica no que tange às decisões judiciais. O assunto trazido à baila no presente trabalho, demanda uma maior sensibilidade por parte dos operadores do direito, tendo em vista tratar-se de um direito que compõe a essencialidade do mínimo existencial, conforme vimos anteriormente, da mesma forma que proporciona o alcance do maior bem protegido juridicamente, ou seja, o direito à vida.

No que tange ao aspecto da integridade relativa à coerência, é de extrema relevância a lição de Brum (2014, p. 131):

o Direito como integridade aposta, portanto, na natureza interpretativa desse saber. Aposta em que os juízes, os legisladores e mesmo os cidadãos devam tentar enxergar a solução de problemas jurídicos segundo a sua melhor luz. Ou seja, interpretar o Direito de modo sempre a melhorá-lo, a vê-lo mais justo. Haverá, por evidente, divergências entre pessoas razoáveis que se debruçarem nessa tarefa, principalmente nos chamados casos difíceis, em que não se encontram soluções *prima facie*, mas a atitude hermenêutica de buscar a integridade é certamente uma forma de cercar o intérprete de parâmetros interpretativos objetivos, tais como: história, debates legislativos, precedentes, doutrina e princípios subjacentes às regras.

Outrossim, todas estas fontes mencionadas na citação acima, devem compor um conjunto coerente a ser identificado, e porque não, construído pelo julgador nos termos da situação fática. A atuação dos juízes neste ponto, se revela de extrema importância, tendo em vista que cumpre a eles verificar a adequação, bem como a justificação do princípio utilizado, rechaçando o uso arbitrário para preenchimento de lacunas. No que diz respeito ainda à coerência, cumpre mencionar o que nos ensina Moller (2011, p.39):

[...] deve o sistema constituir critérios interpretativos, absolutamente necessários para a convergência e a coerência das decisões no sistema. Ante a consideração de que a inclusão de valores e princípios pode viabilizar a mais ampla possibilidade de interpretação, a preferência à solução prevista nas leis se apresenta como orientação interpretativa, com a finalidade de limitar um pouco essa ampla gama de possibilidades. Se de acordo com os critérios materiais possibilita interpretações diversas, a interpretação das leis visando à preservação de sua vigência procura, dentre as várias interpretações possíveis, preservar aquela realizada com bases democráticas.

Derradeiramente, cumpre finalizar a temática referente à coerência das decisões, com a finalidade de controlar a discricionariedade conferida aos julgadores, no que tange às decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com o entendimento de Brum (2014, p.149):

[...] devo comentar a objeção de que a coerência não seria um critério “jurídico” de contenção da discricionariedade. Essa objeção, sem uma fundamentação adicional no sentido de explicitar o que se considera como “jurídico” perde toda a sua força. [...] uma das mais marcantes características do juspositivismo é uma tentativa de separação entre o Direito e moral, o que nos remete à infundável discussão teórica sobre o *que é Direito*. Porém, independentemente desse debate, é possível sustentarmos que a coerência é um cânone da argumentação jurídica passível de proporcionar-lhe maior objetividade e racionalidade. (Grifo no original)

Desta feita, considero que o item relativo à necessidade de decisões jurídicas coerentes, tenha sido bem exposto através da explanação feita acima, o que possibilita que adentremos no último tópico que compõe o triângulo basilar das decisões, como mencionei anteriormente, qual seja a consistência das mesmas.

Vejamos. Inicialmente, há que se destacar que a consistência das decisões, objetivamente, consiste na estabilidade das mesmas em face do que a lei determina. Ou seja, não há que se aplicar o Direito se não possuir o mínimo de clareza e relação com o que compõe as normas. Nas palavras de Brum (2014, p.153):

em síntese, a exigência de consistência é o dever de respeito aos limites semânticos do texto, que propiciam uma estabilidade mínima na linguagem para que exista comunicação entre as pessoas. Pode ser que alguém apresente em juízo uma argumentação que desperte compaixão, que esteja bem fundamentada em princípios ou em bons argumentos consequencialistas, mas, se não demonstrar que o texto da lei é capaz de sustentar um significado compatível em a decisão almejada, não deverá ter êxito.

Este dever de respeito que o autor cita acima, não se refere apenas aos limites semânticos, mas sim de uma forma genérica, diz respeito ao direito que assiste às partes a possibilidade de contrariar a decisão. Ou seja, havendo uma consistência, tem-se a margem de discussão da interpretação. Desta feita, encontramos mais um mecanismo que completa a estrutura do controle de discricionariedade das decisões judiciais.

Em busca de uma melhor visualização da teoria abordada, cumpre transcrever o que entende Dworkin (2007), citado por Brum (2014, p.257-258):

[...] se um juiz está convencido de que uma lei admite apenas uma interpretação, então, excetuando-se o impedimento constitucional, ele deve colocar e prática essa interpretação como sendo o direito, mesmo que considere a lei incoerente, em princípio, com o direito entendido em seu sentido mais amplo. Ele pode pensar que o legislativo deveria corrigir a incoerência com uma legislação posterior, não apenas ou necessariamente com base em um sentido de justiça, mas porque o legislativo é também um guardião da integridade. Mas isso não afetarà o que, para ele, é o direito. [...]

A citação acima traz as respostas para algumas críticas realizadas com relação à consistência das decisões. Percebe-se que Dworkin apresenta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo de lei, caso o julgador entenda que a interpretação não esteja apta a compor a referida lide.

Considero de extrema relevância mencionar que a pesquisa realizada no tocante a teoria de MacCormik dos “Três Cs”, através da obra de Brum que a adapta a realidade jurídica nacional em face do controle judicial de políticas públicas, deve ser visualizada de forma que consequência, coesão e consistência formem uma base sólida para a sustentação deste controle. Ou seja, é incontroverso que em dias atuais, mais do que nunca, a população brasileira necessita de uma segurança jurídica, que poderá ser proporcionada, pela minha ótica, através da referida teoria.

Como mencionado anteriormente, diante de uma crise democrática que o cenário nacional experimenta, é ainda mais premente a necessidade de que o Poder Judiciário denote em suas decisões uma maior segurança jurídica, que proporcione uma maior transparência e um controle adequado às necessidades relativas à participação popular em decisões que envolvam direitos fundamentais, como o direito à saúde e implementação de políticas públicas para uma melhor prestação dos referidos direitos que compõe o núcleo do mínimo existencial.

## 5 CONCLUSÃO

A delicadeza do tema escolhido para o presente trabalho, proporcionou inúmeras indagações que surgiram no decorrer de sua elaboração, e que pretendo pontuar, bem como saná-las nas presentes considerações finais.

Inicialmente, cumpre mencionar que o direito à saúde, tardou a ser positivado no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que somente fora introduzido no rol de direitos fundamentais com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda em vigor. Desta forma, o referido direito positivado constitucionalmente, trouxe à baila inúmeras restrições na sua efetivação por parte da Administração Pública, frente a sua limitação de recursos, em face de uma seara de direitos ilimitados.

Observa-se que com a dificuldade em efetivar prestações materiais no âmbito da saúde pública, demandou a necessidade de se buscar um entendimento específico do chamado mínimo existencial. Notadamente, este entendimento originou-se do Direito Germânico, que inclusive estabeleceu uma diferenciação que possibilitou a aferição de um núcleo central deste referido mínimo existencial. Na mesma seara, se buscou o instituto da reserva do possível, como defesa da Administração Pública nas limitações do exercício de determinadas políticas públicas. No entanto, observou-se que este último conceito restou distorcido no âmbito jurídico brasileiro, tendo em vista consistir apenas na defesa de limitações orçamentárias, o que conforme vimos no decorrer da pesquisa difere do conceito originário germânico.

De outra banda, às análises no tocante às restrições a efetivação do direito à saúde, aclararam algumas questões que pareciam nebulosas frente às defesas estabelecidas em alguns casos, por parte da Administração Pública. Demonstrando que o problema central não reside apenas nas limitações orçamentárias, mas também na discricionariedade arbitrária exercida em determinados casos, por parte do Poder Público, tornando inviável a efetivação de determinadas políticas públicas. Neste determinado ponto, observamos a necessidade da atuação do Poder Judiciário que tem a função de suprir a inércia ou ainda, a má prestação por parte da Administração Pública, não se insurgindo no princípio da separação dos Poderes, conforme vimos no segundo capítulo.

E é justamente no âmbito do Poder Judiciário que identificamos a complexidade das referidas demandas, necessitando de um grau altíssimo de cautela por parte dos julgadores. Inicialmente, observa-se uma tendência contemporânea,

qual seja o neoconstitucionalismo que consiste basicamente na aproximação de institutos usuais do *Civil Law* aos do *Common Law*, que resultam numa integração de fontes extremamente importantes para a aferição do Direito, não limitando o magistrado a aplicação exclusiva da legislação. Quando os julgadores estão diante de demandas tão complexas, faz-se ainda mais relevante a utilização de um método eficaz e completo para que se encontre a solução mais adequada e aplicável aos demais casos semelhantes. É neste âmbito que o neoconstitucionalismo abarca seus conceitos de forma inovadora e perspicaz.

Ademais, até o momento o discurso parece comum a todos, tendo em vista ser frequente o assunto abordado no âmbito do direito à saúde e suas usuais limitações. Porém, é a teoria de MacCormic, utilizada por Brum que inova e nos traz uma luz diante de tantas restrições à efetiva elaboração e controle de políticas públicas.

Vimos que às decisões judiciais devem ser compostas por três elementos essenciais que compõem a sua base de sustentação, proporcionando uma maior segurança jurídica. No tocante ao primeiro item, qual seja, o consequencialismo, observamos que o mesmo consiste no tato exercido por parte do julgador fundamentar sua decisão, buscando compreender às consequências impostas pela mesma, e observando de que forma alcançará a sociedade. Ainda, sobpensando sempre a possibilidade de aplicação da referida decisão aos demais casos envolvendo a mesma temática, em obediência ao princípio da universalidade das decisões judiciais.

No que tange a coerência das decisões, observa-se que a mesma consiste preliminarmente na conservação da integridade do Direito. No decorrer da pesquisa, foi possível identificar diversos fatores que compõem um conjunto de possibilidades interpretativas que pretendem auxiliar o julgador na busca da melhor solução. No entanto, relevante salientar que a coerência exige que o julgador, embora tenha a faculdade de se utilizar de princípios norteadores na busca da verdade, deve justificar as suas decisões legitimamente. Ou seja, incontroverso que os princípios têm grande valia na busca do juízo perfeito, no entanto não se prestam sozinhos para a busca da verdade real.

Com relação à consistência exigida nas decisões judiciais, esta implica basicamente no dever de respeito semântico do texto legal. De maneira que não compete aos julgadores, distorcer ou alterar o sentido literal da lei. Não se confunde com a possibilidade de interpretação, onde a norma possui uma lacuna adaptável à

situação objetiva. Seria dispensável o texto de lei, se os operadores do direito pudessem desconsiderá-lo, ou até mesmo conferir-lhe sentido diverso do que constante no texto legal.

Notadamente, estes três requisitos devem compor a base fundamental das decisões, para que as mesmas possam surtir os efeitos almejados, no busca do melhor direito, à luz da integridade e da democracia, que podem sim, ser alcançadas através do Poder Judiciário que desempenha uma atividade importantíssima no cenário nacional, no que tange a concretização de direitos fundamentais sociais.

Conclui-se que o presente trabalho trouxe respostas aos questionamentos dirigidos às arbitrariedades observadas do desempenho da função pública. E, refiro-me aqui, num sentido amplo no que tange a todos os Poderes Públicos. Não há que se falar no momento atual, de qualquer atividade em consonância com a ótica democrática, sem que haja possibilidade de controle da mesma. Impedindo, acima de qualquer coisa, que às limitações políticas estabelecidas moldem atividades e decisões, prejudicando a parte que mais necessita ver seu direito resguardado.

Destarte, o controle das decisões judiciais no âmbito das políticas públicas, e aqui especificamente no tocante ao direito à saúde, implica em controle efetivo da discricionariedade conferida aos juízes, de forma a proporcionar decisões livres de interesses maiores do que a busca da justiça. É preciso lembrar que estamos inseridos em um Estado Democrático de Direito, e além disso, é imperativo que busquemos resgatar os conceitos da atividade precípua dos julgadores, qual seja, a busca da perene justiça. Neste contexto, relevante atribuir a pesquisa acadêmica o condão de aprimorar conceitos e teorias, que consistem na busca de estabelecer formas de entendimentos no que tange às soluções de problemáticas no âmbito do direito e da sociedade.

## REFERÊNCIAS

DALARRI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. 1. Ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STURZA, J. M.; CASSOL, S. Do direito à saúde no Brasil ao diritto ala na Itália: breves apontamentos sóciojurídicos. In: GORCZEVSKI, C.; REIS, J. R. *Direitos fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade moderna*. 1. ed. Santa Cruz do Sul: IPR, 2008, p. 357-384.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F.. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. *Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. Ed. São Paulo: Renovar, 1996.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 83.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305. In: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Curitiba: Multideia, 2013.

SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do*

*possível*". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRUM, Guilherme Valle. *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MOLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COSTA, M.; LEAL, M. C. H. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Tomo 14, Santa Cruz do Sul, Edunisc, 2014.

BUCCI, Maria Paula D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, J. R.; GORCZEVSKI, C. (Org.). *A concretização dos direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

GORCZEVSKI, C.; LEAL, M.C. H. (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: concretizando direitos*. Curitiba: Multideia, 2013.

GORCZEVSKI, C.; LEAL, M. C. H. (Org.). *Constitucionalismo contemporâneo: garantindo a cidadania, concretizando a democracia*. Curitiba: Multideia, 2014.