

35º Encontro Anual da Anpocs
GT17 - Judiciário e Política: teorias e debates contemporâneos

**TUTELA DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA E SUA ANÁLISE
JURISPRUDENCIAL**

VANESSA COELHO ROCHA

Mestranda do Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito
Universidade Federal Fluminense
Autora

MICHELE BRUM DA SILVA

Mestranda do Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito
Universidade Federal Fluminense
Co-autora

Caxambu

2011

SUMÁRIO

Introdução - 1 Direito à Saúde e suas Políticas Públicas - 2 Cenário Jurisprudencial Brasileiro acerca do Controle Jurisdicional das Políticas Públicas de Saúde - 3 Principais Críticas à atuação Judicial Excessiva - 3.1 Princípio da Separação dos Poderes - 3.2 Princípio da Legitimidade Democrática - 3.3 Crítica Financeira: a Reserva do Possível - 3.4 Crítica Administrativa: a Desorganização da Administração Pública - 3.5 Crítica Técnica: o Desconhecimento Técnico do Judiciário - 3.6 Crítica Econômica: a Ponderação das Prioridades na Prestação da Saúde - 3.7 Crítica à Desigualdade Econômica e Social do Acesso à Justiça - 4 O Lado Positivo e Necessário da Atuação Judicial na Garantia do Direito à Saúde - 5 A Importância de Parâmetros para a Atuação Jurisdicional no Cenário Atual de Efetivação dos Direitos Fundamentais – Conclusão - Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O papel do Poder Judiciário tem sido de grande destaque no contexto das democracias contemporâneas. Esse poder vem sendo chamado a enfrentar as tensões, sempre recorrentes, entre direito e política, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos dos indivíduos, aliado sobretudo a crise de oferta de realização das promessas constitucionais em um quadro de real crise do Estado.

Com o advento da Constituição Democrática de 1988 alicerçada no primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais dos indivíduos, a posição de preponderância da Administração Pública em face dos administrados passou a ser questionada. Assim, o controle jurisdicional dos atos do Estado se expandiu, invadindo até mesmo o âmbito dos atos discricionários e das políticas públicas, antes restritas à esfera administrativa, em prol da efetivação da liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos¹.

Na medida em que um conjunto significativo de direitos foi elevado à categoria constitucional, na condição de direitos fundamentais que expressam direitos humanos de várias gerações ou dimensões, o problema deslocou-se da previsão, então conquistada, para a efetivação a ser consolidada.

Nesse cenário, os tribunais são chamados, cada vez mais, a interferir em assuntos que transcendem o jurídico e adentram nas escolhas políticas, especialmente no

¹ SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter(Coord.). *Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. p. 71.

que diz respeito às políticas públicas, passando a ser considerados os principais guardiões da efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Nessa esteira, não se pode deixar de enfatizar a atual Constituição Federal também como um marco no reconhecimento de direitos sociais no Brasil, especialmente no que tange ao reconhecimento do direito à saúde pública a cada indivíduo da população, estabelecendo-o em contrapartida, como dever do Estado de prestar a assistência à saúde e garantir o acesso universal e igualitário dos cidadãos aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. Dessa forma, o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.

Em razão disso é que tem se observado um número cada vez maior de demandas judiciais com o objetivo de garantir o acesso à medicamentos e tratamentos de saúde, movidas contra as diversas esferas governamentais.

Portanto, no presente trabalho será estudada a tutela judicial do direito à saúde pública e o cenário jurisprudencial especialmente após o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Tema que vem se destacando consideravelmente em um panorama de crise e omissão do Estado e uma crescente preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No referido estudo será analisada primeiramente a importância do direito à saúde e a grande quantidade de ações judiciais visando a concretização desse direito não fornecido pelo Estado espontaneamente, e a conseqüente possibilidade de uma participação excessiva do Judiciário nesse cenário. Posteriormente serão analisadas as principais críticas feitas à atuação judicial excessiva e em seguida será destacado o lado positivo e necessário da atuação judicial na garantia do direito à saúde pública, sem deixar de ressaltar a importância de parâmetros para a atuação jurisdicional no cenário atual de efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

1 DIREITO À SAÚDE E SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque consiste em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais.

A saúde, como premissa básica do exercício da dignidade da pessoa humana, constitui-se de extrema relevância para a sociedade, pois a saúde diz respeito a qualidade de vida, escopo de todo cidadão, no exercício de seus direitos. Assim, na esfera jurídica, o direito à saúde se consubstancia como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

O direito à saúde está assegurado não só na Constituição Federal brasileira, mas apresenta também ampla proteção normativa infraconstitucional no tocante à vida e à saúde dos indivíduos, assim como, as constituições estaduais, as leis orgânicas municipais, e legislação ordinária de todas as unidades federativas, merecendo destaque a Lei do Sistema Único de Saúde – Lei nº 8.080/90 e a Lei da ANVISA – Lei nº 9.782/99².

A Constituição Federal brasileira de 1988 garante a todos os cidadãos o direito à saúde, por força de vários dispositivos constitucionais (do art. 196 ao art. 200 da Constituição), ressaltando-se o artigo 196 da Constituição Federal³ que estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação, alinhando-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, que ademais de uma noção eminentemente curativa, compreende as dimensões preventiva e promocional na tutela jusfundamental⁴.

O dever do Estado à efetivação do direito à saúde consiste em estabelecer as ações e serviços públicos de saúde, uma vez que para efetivação e concretização da saúde, o art. 198 da CF/88 estabelece que estas ações e serviços públicos concernentes à saúde, sejam designados, através de uma ação integrada, em um sistema único, de forma regionalizada e hierarquizada. Este sistema único é realizado através da Lei infraconstitucional 8.080/90, que estabelece o SUS – Sistema Único de Saúde⁵.

² FRANCISCO, José Carlos. “Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 885-887.

³ 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível

em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_nos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2011. p. 8.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira

Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei determina a estrutura e o modelo operacional do SUS, estabelecendo a sua forma de organização e de funcionamento. “O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta”⁶.

Depreende-se, pois, a enorme proteção que é atribuída ao direito à saúde, bem como sua enorme abrangência, de modo que se mostra absolutamente pertinente sua efetivação. Entretanto, após todo o tempo decorrido da promulgação da nossa Lei Maior de 1988, a saúde padece de enfermidades profundas, fazendo com que o direito à saúde, enquanto direito fundamental não tenha a total efetivação devida.

Não se pode negar que a Constituição Federal de 1988 é um marco no reconhecimento de direitos sociais no Brasil, em especial no direito à saúde, incluindo o direito ao acesso gratuito da população às políticas de saúde pública. Mas, diante do atual cenário de descaso por parte do Estado, é preciso ter em mente que o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.

Nesse contexto é que o Poder Judiciário apresenta fundamental importância, intervindo nas políticas públicas de saúde em prol da defesa da dignidade da pessoa humana e da preservação dos direitos sociais dos cidadãos. Segundo Ana Paula de Barcellos falar do direito à saúde significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição⁷.

Assim, com base no direito à saúde, constitucionalmente assegurado, o número de demandas judiciais com o objetivo de garantir o acesso à medicamentos e tratamentos de saúde, movidas contra as diversas esferas governamentais têm sido cada vez maior.

de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 885-887.

⁶ Lei 8.080/90, art. 4º “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. “O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 803.

2 CENÁRIO JURISPRUDENCIAL BRASILEIRO ACERCA DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Diante de um cenário de ineficiência e omissão da Administração Pública na prestação dos serviços de saúde pública à sociedade, se observa uma ampla atuação do Judiciário em prol da efetivação do direito fundamental à saúde.

É extremamente significativo o aumento do número de demandas judiciais com o objetivo de garantir o acesso a medicamentos e tratamentos de saúde e o Judiciário não pode se eximir de julgá-las e, principalmente não pode se eximir de buscar a concretização efetiva do direito à saúde constitucionalmente assegurado, frente a não prestação estatal ou até mesmo, uma prestação ineficiente por parte da Administração Pública.

O Judiciário tem sido cada vez mais chamado a arbitrar a solução para os inúmeros conflitos sobre o direito à saúde e, não podendo se abster de julgá-las, acabou alargando suas hipóteses de intervenção direta e de controle, especialmente no que tange as políticas públicas de saúde. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo destacam que se pode até mesmo falar, em hipóteses mais extremas, de uma “hipertrofia jurisdicional nesta seara, que hoje vem sendo substituído pela busca de critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas, num claro resgate do sentido da noção de jurisprudência, com destaque para o diálogo interdisciplinar”⁸.

A respeito da tentativa jurisdicional de efetivação da prestação da saúde pública, preleciona também Luís Roberto Barroso:

“Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar”. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno,

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_a_nos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2011. p. 19.

comportando tutela judicial específica”⁹.

A Constituição Federal garante como direito fundamental o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, e sendo este direito de todos e dever do Estado cabe ao Poder Judiciário, sendo essa sua função típica, garantir e defender sua prestação. Quando o Poder executivo falha no seu dever de prestar serviços públicos de qualidade e, desse modo, fere direitos fundamentais, os cidadãos afetados por tal ineficiência recorrem, no exercício de um direito, ao Poder Judiciário para que este exerça sua função, e conseqüentemente promova a efetivação desses direitos.

Se a Constituição garante o direito à saúde, e uma pessoa não tem acesso a determinado tratamento médico ou medicamento, é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento médico ou medicamento necessário, e assim, promover a realização das prestações de saúde devidas ao Estado e não prestadas¹⁰.

Claudio Pereira de Souza Neto aponta que há a possibilidade, ainda que de forma excepcional, do Judiciário de determinar que sejam implementadas políticas públicas que por omissão ou ineficiência do Estado, ofendam direitos fundamentais dos indivíduos. Para ele esse ativismo judicial no que tange aos direitos sociais se deve a vários fatores: à Constituição Federal de 1988 e ao subsequente movimento de afirmação da sua normatividade, à superação do positivismo no âmbito constitucional e as sucessivas crises que atingem o Legislativo e, principalmente, o Executivo. Esses fatores, segundo ele, levaram a situação atual de concretização judicial dos direitos sociais, em especial ao direito à saúde¹¹.

Essa atuação do Judiciário tem ganhado um espaço cada vez maior na prestação do direito à saúde. É inegável, no cenário atual, a sua importância para a maioria dos indivíduos fluírem do seu direito, então, subjetivo à saúde, na medida em que o Estado não implementa políticas públicas de qualidade ou até mesmo deixa de implementá-las, ficando a população carente de cuidados. Mas, em contrapartida, essa crescente atuação

⁹ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 875.

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. “O Judiciário e as Políticas Públicas: entre a Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 588.

¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 515-516.

vem incomodando os setores do poder público encarregados de promover tais políticas. Como podemos observar nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes em sede de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 uma das decisões mais esclarecedoras e importantes acerca do tema:

“O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias”¹².

A Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 proferida pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2010 e que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes representa no cenário jurídico um marco na Tutela do Direito à Saúde Pública definindo limites e o entendimento da Corte Suprema brasileira a respeito de tema de enorme relevância como o do direito à saúde dos cidadãos. A decisão veio no sentido de reconhecer o direito subjetivo à saúde exigível judicialmente, sem significar a imposição por parte do Judiciário de medidas abusivas ao Estado, mas exigindo a prestação da saúde de forma eficiente e, principalmente de forma efetiva ao cidadão.

Portanto, é importante destacar que não se pode afastar o direito de qualquer indivíduo de exigir judicialmente o direito à saúde, mas é preciso ressaltar que essa atuação não só apresenta limites, mas também, como atenta Cláudio Pereira de Souza Neto, não está imune a críticas¹³.

3 PRINCIPAIS CRÍTICAS À ATUAÇÃO JUDICIAL EXCESSIVA

A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma virada jurisprudencial que é celebrada como uma importante conquista. Virada essa em que as

¹² Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 proferida pelo Supremo Tribunal Federal em março de 2010, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes.

¹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 515-516.

decisões dos tribunais constitucionais passaram a ser consideradas como um novo modo de praticar o direito constitucional e de efetivar os direitos fundamentais dos indivíduos, uma vez que o poder primariamente competente para tal se abstém de prestá-los¹⁴.

Em inúmeras situações, em prol da concretização do direito à saúde e mesmo pelo fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Todavia, essa constatação, não torna a intervenção do Judiciário livre de objeções diversas, sobretudo quando invasiva da deliberação dos outros poderes estatais¹⁵.

De fato, como veremos a seguir, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria que servem de argumento contra o controle judicial das políticas públicas de saúde nas ações judiciais interpostas em face do Estado.

3.1 Princípio da Separação dos Poderes

A crítica mais difundida à atuação jurisdicional no âmbito das políticas públicas de saúde é extraída do princípio da separação dos poderes.

A referida crítica se sustenta no entendimento de que a atuação do Judiciário no âmbito do direito à saúde representaria uma invasão na esfera de competência do Legislativo e do Executivo. O Judiciário deveria apenas aplicar as normas legais que dispõe acerca do modo como os direitos sociais deverão ser providos pelo Estado, não caberia a determinação judicial acerca da execução de políticas públicas de saúde¹⁶.

Segundo essa posição o Judiciário não pode invadir a esfera de atuação específica da Administração Pública nem sob a alegação de inafastabilidade do controle jurisdicional, nem sob o argumento de prevailecimento do bem maior da vida. Nenhum desses argumentos é forte o bastante para possibilitar ao Judiciário o exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Estado. A referida atuação

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 890-891.

¹⁵ *Ibid.*, p. 891.

¹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 519-520.

jurisdicional ofende o princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes¹⁷.

No entanto, a referida objeção desconhece e desconsidera que o modelo de separação dos poderes adotado pela Constituição Federal brasileira de 1988 não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional, que prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro, como é o caso da atuação jurisdicional na concretização dos direitos à saúde¹⁸.

Com a implementação do Estado Social e Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, o entendimento que se difundiu mais claramente, é de que o Estado é uno e como um todo, incluindo todos os poderes que o compõe, tem a responsabilidade de influir na realidade social para modificá-la. Cada poder deve realizar prioritariamente a sua função primária, mas nada impede que amplie a sua atuação visando à melhoria da sociedade e a efetivação dos direitos fundamentais¹⁹.

O poder é uno e indivisível, o poder não se triparte. O poder é um só e se manifesta através de órgãos que exercem funções. Logo, a tripartição dos poderes visa ser um facilitador para a gestão de todos os deveres do Estado e não um elemento fragmentador deste.

Desta forma, em realidade, o Estado como um todo é o real responsável por assegurar os direitos de seus cidadãos, cabendo a cada forma de expressão do Estado (os poderes) ações que pretendam a promoção e a segurança dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Osvaldo Canela Junior, defende também que não é possível invocar o princípio da separação dos poderes para justificar a não apreciação da pretensão do titular de um direito fundamental no âmbito das políticas públicas, visto que tal princípio não pode funcionar como justificativa para a violação dos objetivos do Estado, aos quais todos os poderes estatais estão vinculados²⁰.

¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 520-521.

¹⁸ *Ibid.*, p. 520-521.

¹⁹ Esse entendimento é apoiado por Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 30, p. 8-30, 2009. p. 13-14), por Luis Manuel Fonseca Pires (PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 290.) e por Osvaldo Canela Junior (CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 94-95.)

²⁰ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 94-95.

Sendo assim, quando o Executivo não cumpre seu dever de prestar serviços públicos de qualidade e fere direitos fundamentais, os cidadãos afetados por tal ineficiência podem recorrer ao Judiciário para que este intervenha e promova a efetivação do direito. É o que reconhece a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada no ano de 2004 pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa ocasião o relator, o Ministro Celso de Mello, aduz importante ensinamento para a compreensão de tal questão:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.”²¹

Também na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, o Ministro Celso de Mello prossegue com o raciocínio supracitado. De maneira a reconhecer a “intervenção jurisdicional” que se legitima por força das circunstâncias.

“[...] a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação dos poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflitos, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.”²²

Portanto, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina moderna apresenta-se coerente com a Constituição Federal de 1988, pois reforça a idéia não só de

²¹ Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada em 29 de abril de 2004, Ministro relator Celso de Mello.

²² Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, julgada em 17 de março de 2010, Ministro relator Gilmar Mendes. Decisão marco no que tange as questões sobre saúde pública, principalmente, no que diz respeito ao posicionamento favorável a atuação do Poder Judiciário em casos onde o cidadão requisita sua atuação.

defesa e proteção, mas também de promoção e efetivação dos direitos fundamentais, em especial do direito à saúde.

3.2 Princípio da Legitimidade Democrática

Outra questão extremamente discutida envolve a legitimidade do Poder Judiciário para tamanha influência nas searas políticas que devem, ou pelo menos deveriam ser elaboradas pelo Poder Executivo e Legislativo, que são compostos por pessoas eleitas pela sociedade. Tal discussão, em nosso sistema de governo vigente, gera inúmeros questionamentos acerca da cidadania, da representatividade política e da legitimidade democrática, o que são, sem dúvidas, grandes elementos caracterizadores do Estado brasileiro.

A principal crítica contra o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é a que afirma que os juízes não teriam legitimidade para decidir acerca destas questões. A legitimidade para tal seria exclusividade dos representantes do povo, eleitos por voto direto, secreto e universal. Destacam também que a legitimidade conferida pela Constituição aos juízes é apenas formal e insuficiente para ensejar ao Judiciário o controle dessa atividade²³.

A referida crítica se sustenta, conforme aponta Luis Roberto Barroso, na impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos²⁴.

Segundo Claudio Pereira de Souza Neto, a crítica destaca que a concretização judiciária dos direitos fundamentais seria antidemocrática por ser conduzida por agentes que não passaram pelo crivo do voto popular. Assim, ao invés de autogoverno do povo, teríamos um governo de juízes²⁵.

O argumento, contudo, não é tão forte quanto parece. Para Nagibe de Melo Jorge Neto, de um lado, a decisão judicial não se faz com base na vontade arbitrária do juiz, mas é resultado de um discurso racionalmente motivado em que tomam parte, de modo

²³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 85.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 893-894.

²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 522.

decisivo, o povo ou pelo menos parcela dele, por outro lado, a legitimidade dos representantes eleitos pelo povo também decorre da Constituição, e o fato de terem sido eleitos não garante a legitimidade de suas decisões, uma vez que esta só é materialmente alcançada se os atos dos eleitos e a vontade dos eleitores estiverem em consonância, o que nem sempre acontece. E o concurso público, por sua vez, é a forma ditada pela Constituição, que se mostra eficiente para encontrar pessoas capazes de interpretar e aplicar as normas constitucionais e as demais leis conforme os objetivos presentes na própria Constituição²⁶.

A assertiva de que os magistrados não possuem legitimidade democrática para controlar a atividade dos demais poderes e ainda efetivar os direitos fundamentais dos indivíduos não procede segundo Osvaldo Canela Junior, uma vez que a independência judicial aliada à imparcialidade dos órgãos jurisdicionais são as ferramentas necessárias para a garantia de um sistema democrático, conforme determinado pela Constituição Federal. Ao atuar no sentido de realização dos direitos fundamentais, com independência, imparcialidade e vinculados somente aos objetivos constitucionais, os juízes garantem não só sua legitimidade democrática, mas contribuem igualmente para a construção de uma democracia verdadeiramente social²⁷.

Em razão disso é que na concepção de Luis Manuel Fonseca Pires, a atuação jurisdicional não pode ser tida como antidemocrática, uma vez que é a própria democracia que exige que o Judiciário atue para manter um sistema equilibrado de direitos fundamentais. Exige-se do Judiciário um protagonismo justificável quando se tratam de questões e direitos essenciais aos indivíduos²⁸.

Essa crítica desconsidera também, no entendimento de Claudio Pereira de Souza Neto que o Judiciário pode exercer papel importante na garantia de condições democraticamente necessárias para que a deliberação pública se instaure adequadamente contribuindo para uma participação pública efetiva e um debate público de qualidade. Os direitos fundamentais efetivados pelo Judiciário funcionam como

²⁶ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 85-86.

²⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 99-101.

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 291-292.

condições de possibilidade da democracia, desenvolvendo no cidadão a capacidade para exercer real influência sobre os destinos da comunidade²⁹.

No entanto, há quem sustente também que a concretização dos direitos fundamentais pelo Judiciário fomenta o estabelecimento de relações individualizadas entre Estado e os cidadãos, fazendo com que estes se desmobilizassem para a luta política, optando pela busca individual de seus interesses. A dimensão coletiva da luta pelos direitos fundamentais perderia lugar para litígios individuais instaurados em ação judicial concreta³⁰.

Nagibe de Melo Jorge Neto contra-argumenta, destacando que no que tange as políticas públicas, o Poder Judiciário, ameniza as distorções no sistema representativo, alargando o debate acerca da implementação das políticas públicas de modo a efetivá-las, possibilitando também uma via de pressão popular que não substitui os movimentos sociais organizados, mas que caminha lado a lado com eles, lhes conferindo força política realmente efetiva³¹.

Corroborando esse entendimento, Claudio Pereira de Souza Neto ainda aponta que a garantia dos direitos fundamentais, não enfraquece a atuação cidadã, mas a promove, capacitando o cidadão para atuar politicamente³².

Portanto, o controle jurisdicional de políticas públicas funda-se na democracia e na decisão judicial como resultado de um discurso racional democrático que se desenvolve entre todos os segmentos da sociedade e é mediado pelo Poder Judiciário.

3.3 Crítica Financeira: a Reserva do Possível

Com efeito, um dos argumentos mais utilizados para justificar a ausência de efetividade dos direitos fundamentais é o seu impacto econômico-financeiro. A percepção de que a satisfação dos bens da vida protegidos pelos direitos fundamentais causa vinculação econômica no orçamento do Estado suscitou o tema da “reserva do possível”, amplamente difundido na doutrina e na jurisprudência, a ponto de ser

²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 523-524.

³⁰ *Ibid.*, p. 524-525.

³¹ JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 89.

³² SOUZA NETO, op. cit., p. 525.

utilizado como justificativa para eventual inércia do Poder Judiciário na tutela de tais direitos.

Constata-se que o argumento financeiro tem sido invocado para impedir a concessão de direitos fundamentais pelo Judiciário. Alega-se em geral que o Poder Judiciário não pode conceder direitos cuja satisfação demandará receitas não disponíveis pelo Estado³³.

Conforme descreve Luís Roberto Barroso, os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis, uma vez que o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos fundamentais³⁴.

A alegação de limitação financeira do Estado para a não prestação dos serviços de saúde utiliza a teoria da “reserva do possível” para legitimar tal argumento. Todavia, a referida teoria não pode ser usada indiscriminadamente, sendo de suma importância levar em consideração que esta é uma teoria importada do Direito Alemão³⁵, onde o Estado logra sucesso no cumprimento das prestações devidas.

O equívoco dessa concepção é o de não visualizar o real alcance da independência do Poder Judiciário. Segundo Osvaldo Canela Junior, o compromisso do Judiciário não é com as conveniências de determinados agentes públicos e tampouco com as injunções de ordem orçamentária, este se vincula somente aos objetivos do Estado (art. 3º da Constituição), de tal forma que não poderá paralisar sua atividade por invocação do fator econômico. Dessa forma, comprovada lesão a direito fundamental por parte da Administração Pública, deve o Judiciário, em razão do seu compromisso constitucional, realizar a concretização de tais direitos, independente da situação financeira do Estado³⁶.

³³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 102.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 894.

³⁵ O conceito da “reserva do possível” tem sua origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Segundo aponta Claudio Pereira de Souza Neto, “foi estabelecido no julgamento de ação ajuizada com o fim de obter matrícula no ensino superior público, sob o argumento de que tratava de garantia necessária da liberdade de escolha da profissão. Aquela Corte indeferiu o pedido por entender que a garantia de direitos sociais depende da disponibilidade de recursos” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 525).

³⁶ CANELA JUNIOR, op. cit., p. 101-103.

Caso o Poder Judiciário venha a absorver as injunções econômico-financeiras do orçamento como critério para a concessão dos direitos fundamentais estará não só se desviando dos objetivos do Estado, mas também perdendo a sua independência institucional.

Oswaldo Canela Junior ainda defende que na medida em que os objetivos do Estado são claramente estabelecidos pela Constituição, não há como limitá-los sob o fundamento da precariedade financeira, visto que para ele, é justamente na elaboração do orçamento que os programas estatais serão efetivamente materializados. Ao contrário do que determina a lógica da “reserva do possível”, é a sentença judicial transitada em julgado que vai integrar o orçamento, obrigando o Estado a reajustar as receitas e despesas de modo a cumprir os objetivos fundamentais da Constituição³⁷.

Luis Manuel Fonseca Pires, por sua vez, defende que não tem como se recusar a concretização dos direitos fundamentais que são o primeiro passo para a formação de uma sociedade livre, justa e solidária. Por mais deficitários que sejam os recursos materiais, por mais escassa que seja a previsão financeira em leis orçamentárias, não pode o Judiciário em nome disso, deixar de promover a realização dos direitos essenciais dos indivíduos³⁸.

Em consonância, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a hipótese de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado com o objetivo de se eximir do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Como podemos ver nas palavras do Ministro Celso de Mello em sede de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175:

“Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”³⁹

³⁷ CANELA JUNIOR, Oswaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 101-109.

³⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 303.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, julgada em 17 de março de 2010, Ministro relator Gilmar Mendes. O presente entendimento também foi firmado pelo mesmo Ministro em

Claudio Pereira de Souza Neto também acompanha esse entendimento, mas ressalta que se não há condições financeiras materiais concretas, a decisão está condenada à inefetividade. Para ele, o problema não é de legitimação do Judiciário, mas de exequibilidade das decisões. Ele assevera que o grande desafio não é discutir a exigibilidade dos direitos fundamentais, mas estabelecer parâmetros adequados de concretização, principalmente prezando pela universalização das prestações de saúde⁴⁰.

Nesse sentido, Osvaldo Canela Junior aponta que é preciso além de ajustar o orçamento para o cumprimento dos direitos fundamentais, aplicar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade na utilização dos recursos existentes, avaliando os valores contrapostos e optando por aquele de maior relevância constitucional, dentro do contexto histórico-social⁴¹.

Portanto, a concretização dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário prevalece mesmo diante da precariedade financeira da Administração Pública, mas esta interferência deverá ser avaliada com base na razoabilidade de forma a não gerar crise econômico-financeira do Estado, mas somente prover a realização dos objetivos estatais constitucionalmente impostos.

3.4 Crítica Administrativa: a Desorganização da Administração Pública

Mais recentemente, como destaca Luís Roberto Barroso, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública, privando a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Tem se argumentado que cada uma das decisões pode atender as necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca a promoção da saúde pública⁴².

outras decisões como por exemplo: Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, julgada em 29 de abril de 2004, Ministro relator Celso de Mello.

⁴⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 526-527.

⁴¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 101-109.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 895.

Alega-se que frequentemente a atuação jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais desorganiza a programação da Administração Pública. Os agentes administrativos afirmam que ao invés de se devotarem ao planejamento e execução das políticas públicas, acabam se dedicando ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário, que tem crescido significativamente nos últimos anos.

Claudio Pereira de Souza Neto atenta que para ter acesso ao serviço de saúde pública é necessário que o paciente se cadastre em programa de assistência à saúde implementado pelo Estado. Contudo, quando é proferida uma decisão judicial, em litígio individual, o administrador, muita das vezes, retira o medicamento do programa para atender a decisão, desatendendo o cidadão cadastrado. Portanto, em setores como o da saúde, decisões judiciais que desconsideram problemas de organização administrativa podem gerar consequências contrárias aos valores que pretendem promover⁴³.

Todavia, essa não é uma objeção capaz de obstar a efetivação por parte do Judiciário dos direitos fundamentais conferidos a todos os indivíduos pela Constituição Federal, mas chama a atenção para certos parâmetros que a atuação jurisdicional deve observar.

Essa objeção confirma a necessidade de se aprofundar o diálogo institucional, conforme aponta Claudio Pereira de Souza Neto, “os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o andamento regular da gestão pública”⁴⁴.

Portanto, a crítica em análise não configura óbice a atuação jurisdicional por conta da prioridade dos direitos fundamentais sobre as cogitações relativas à eficiência da Administração Pública, mas servirá de base para a formação de diretrizes importantes para legitimar a atuação do Judiciário nas políticas públicas de saúde.

3.5 Crítica Técnica: o Desconhecimento Técnico do Judiciário

Há ainda a crítica técnica, a qual, conforme Luís Roberto Barroso destaca, se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico

⁴³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 528-529.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 529.

necessário para promover políticas públicas de saúde. Alegam que o juiz é um “ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”⁴⁵.

Costumam alegar que o juiz não dispõe de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da atividade estatal como um todo. Preocupado com a solução de casos concretos (micro-justiça), o juiz acaba ignorando elementos relevantes e as condições de gerenciamento de recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas (a macro-justiça). Em outras palavras, entendem que juiz não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema global de políticas públicas.

O Legislativo e especialmente o Executivo são aparelhados com órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial nos campos mais abrangentes de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios, é em razão disso que entendem que a análise que o juiz faz no caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas, por isso os problemas de maior complexidade, como a implementação de direitos fundamentais, devem ser reservados ao administrador público⁴⁶.

Essa é uma crítica importante, mas segundo Claudio Pereira de Souza Neto há argumentos consistentes para superá-la. O autor destaca que o Poder Judiciário apresenta instrumentos eficazes capazes de sanar essa deficiência técnica que alegam ter. O Judiciário pode contar, por exemplo, com perícias, pode convocar audiências públicas da qual participem especialistas da área; as ações coletivas podem ser precedidas de inquérito civil e outros instrumentos cabíveis⁴⁷.

Contudo, é importante destacar que o juiz contemporâneo não pode mais se restringir ao conhecimento dos textos legais. Para assumir as importantes incumbências que tem lhe sido passadas, o juiz deve ter conhecimentos técnicos amplos, no que tange a política, a economia, a sociologia, e demais áreas, capaz de formar entendimentos

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 896.

⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 529-530.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 530-531.

multidisciplinares e mais abrangentes, aprofundando, assim, o diálogo com a sociedade⁴⁸.

3.6 Crítica Econômica: a Ponderação das Prioridades na Prestação da Saúde

A crítica econômica a concretização judicial dos direitos fundamentais vem ganhando crescente importância no Brasil. A análise econômica do direito defende que as decisões judiciais sejam aferidas com base em um juízo “consequencialista”, onde a melhor decisão é a que produz melhores efeitos práticos, mesmo que não observe as determinações legais. Nessa concepção o direito passa a ser entendido não com um fim em si mesmo, mas como um meio para a realização das necessidades sociais⁴⁹.

Claudio Pereira de Souza Neto acentua que para a referida objeção, o Judiciário, ao conceber as políticas públicas em conformidade com os direitos fundamentais, impede a maximização dos benefícios produzidos pelos investimentos públicos. Para eles, ao invés de promover o bem estar social, a judicialização das políticas públicas estaria levando, na prática, a uma redução do impacto da atuação pública⁵⁰.

No contexto da análise econômica do direito, costuma-se objetar, segundo Luís Roberto Barroso, que o “benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública”. Na verdade, conforme ressalta o autor, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos e tratamentos de saúde teria por base uma abordagem individualista dos problemas sociais, enquanto uma “gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios”⁵¹.

Contudo, a crítica não se sustenta e não é suficiente para obstar a atuação do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais. O argumento econômico, de acordo com o entendimento de Cláudio Pereira de Souza Neto, quando utilizado para negar a

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 531.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 532.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 532-533.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 894-895.

efetividade a direitos fundamentais, tende a incorrer em utilitarismo incompatível com a dignidade da pessoa humana. Para ele, os “juízos consequencialistas só são compatíveis com a ordem constitucional quando servem para orientar o judiciário na escolha de uma das possibilidades interpretativas a que se abre o texto constitucional, dentre as que se harmonizam com a dignidade humana”⁵².

Portanto, a análise econômica pode configurar contribuição relevante para o aperfeiçoamento da efetivação dos direitos fundamentais, mas deve ser sempre subsidiária à interpretação do texto constitucional e compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana⁵³.

3.7 Crítica à Desigualdade Econômica e Social do Acesso à Justiça

Um dos principais argumentos de justificação da atuação jurisdicional no campo das políticas públicas tem sido promover a todos os cidadãos acesso universal e igualitário aos direitos fundamentais

No entanto, a referida crítica destaca que isso não vem ocorrendo na prática e defende que as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de redução das desigualdades econômicas e sociais. Contudo, de acordo com o destaque de Luís Roberto Barroso, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia os indivíduos que têm acesso à Justiça, ou por conhecerem seus direitos, ou por poderem arcar com os custos do processo judicial. Depreende-se desse argumento que a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres, visto que o Estado transferiria os seus recursos destinados a programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média⁵⁴.

Sob esse fundamento, o Judiciário não pode servir de instrumento de imposição de deveres estatais ao Estado em favor apenas de uma minoria de demandantes em detrimento de toda uma sociedade.

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 532-533.

⁵³ *Ibid.*, p. 533.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 895.

Não se pode desconsiderar que a atuação administrativa é destinada à coletividade, deste modo, a atuação jurisdicional para suprir uma omissão ou ineficiência administrativa em prol dos direitos fundamentais, não pode beneficiar somente os demandantes, pois se evidenciaria um modelo excludente daqueles que não têm acesso à justiça, ofendendo a concepção de um sistema de saúde universal e igualitário.

Todavia, a crítica não é consistente a ponto de afastar a atuação jurisdicional, mas não se pode negar que funciona como uma espécie de diretriz a ser observada pelo Judiciário. Segundo Claudio Pereira de Souza Neto o argumento de desigualdade de acesso à justiça é falacioso: utiliza a desigualdade de acesso para negar o acesso a todos, afastando atuação jurisdicional nas políticas públicas de saúde. A solução para ele é promover a aplicação de instrumentos que ampliem o acesso à justiça, é melhorar órgãos como a Defensoria Pública e Ministério Público, é fomentar a advocacia que representa a sociedade civil organizada⁵⁵.

É importante destacar que todas as críticas abordadas no presente capítulo, apesar de, em alguns casos atentarem para possíveis falhas na atuação jurisdicional e ensejarem algumas melhorias e orientações jurisprudenciais, ainda assim, não são suficientes para afastar a concretização dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário, que é responsável pela efetivação dos direitos dos indivíduos na omissão ou ineficiência da atuação da Administração Pública, como veremos no próximo tópico.

4 O LADO POSITIVO E NECESSÁRIO DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Todos os preceitos constitucionais nascem com o compromisso de ampla eficácia, devendo o operador do Direito procurar dar a maior efetividade concreta aos comandos da Constituição Federal, sejam eles expressos os implícitos. Ocorre que o princípio da máxima efetividade ganha especial relevância no caso dos direitos e garantias fundamentais que representam prerrogativas indispensáveis à realização da natureza humana, como é o caso do direito à saúde, aspecto que evidencia a necessidade

⁵⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e Parâmetros”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010, p. 534.

de compreendermos os preceitos que dispõe sobre esses temas sempre com a maior abrangência possível⁵⁶.

Assim, caso o Poder Legislativo ou o Poder Executivo se omitam na realização de políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais, como o direito à saúde, ou implementem políticas públicas ineficazes ou insuficientes, cumpre ao Poder Judiciário atuar em prol da efetivação desses direitos dos indivíduos.

Para corrigir as omissões e as prestações ineficientes das demais formas de expressão do poder estatal, o Judiciário age de forma integradora, por meio da jurisdição, mas com amplos poderes coercitivos, necessários à efetivação do provimento jurisdicional⁵⁷.

Dessa forma, para Osvaldo Canela Junior, o objetivo da atuação jurisdicional é efetivar direitos fundamentais, por meio da concessão dos bens da vida por eles protegidos, através da identificação das posições e pretensões jurídicas relativas aos direitos fundamentais a serem tutelados, conforme determinação constitucional⁵⁸.

Em outras palavras, o Poder Judiciário irá se concentrar na detecção do direito subjetivo constitucionalmente assegurado e na verificação da concretização ou não desse direito fundamental. Caso o bem da vida não tenha sido satisfeito pelo Estado, estando configurada a lesão ao direito fundamental, deverá o provimento jurisdicional determinar a respectiva reparação, de forma que o direito lesado seja efetivado.

Todavia, impende a observação de que o Poder Judiciário, segundo aponta Osvaldo Canela Junior, não tem competência constitucional para criar programas ou estabelecer a forma de execução das políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que esta função é da competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Entretanto, ele destaca que nas hipóteses de insatisfação dos direitos fundamentais, a jurisdição é o veículo natural para a concessão do remédio jurídico necessário para a pacificação social. “O conflito existente entre os titulares do direito fundamental social e a conduta do Estado deve ser solucionado imperativamente pela jurisdição, mediante a atuação da vontade concreta da lei”⁵⁹.

⁵⁶ FRANCISCO, José Carlos. “Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde”. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza & SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 863.

⁵⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 91-92.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 92-93.

Segundo o entendimento de Luis Manuel Fonseca Pires, restringir a atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos fundamentais significa conferir uma maior liberdade de ação à Administração Pública, o que seria incompatível com os deveres constitucionais. Não se pode apoiar essa proposta doutrinária sob pena de esvaziar a obrigação imposta pela Constituição ao Poder Judiciário que é responsável pela efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, em especial do direito à saúde⁶⁰.

Nesse sentido, ressalta Osvaldo Canela Junior que por meio do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, a “percepção mais contundente é a de que o maior perigo para a realização desses direitos está na autoneutralização institucional dos magistrados”. Destarte, para o autor, a única forma de neutralização do Judiciário, no Estado Social e Democrático de Direito, é a estabelecida por seus próprios membros, em especial os que exercem função jurisdicional nos órgãos de superposição⁶¹.

Dada a amplitude da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário trouxe para a relação processual as grandes questões nacionais⁶², como é o caso do direito à saúde, tema do presente trabalho. Portanto, é preciso que os magistrados tenham consciência do papel político-institucional que desempenham em prol da efetivação do direito à saúde dos cidadãos.

Assim, os órgãos jurisdicionais, segundo Osvaldo Canela Junior não só podem como devem se concentrar na tarefa constitucional de realinhamento das políticas públicas conformando-as com os altos objetivos do Estado impostos pela Constituição Federal. Sem interferência indevida na independência nas demais formas de expressão do poder estatal, os magistrados determinam a satisfação dos bens da vida necessários à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Agindo dessa forma, o Poder Judiciário contribui para a afirmação da Democracia social e impede a atuação de forças arbitrárias no poder, tão prejudiciais à concretização dos direitos dos indivíduos⁶³.

A jurisdição, em visão mais ampla, visa à concretização do ordenamento jurídico com um todo. Portanto, a neutralização e o afastamento do Poder Judiciário, que ocasionam a incompletude do sistema, ante a inviabilidade dos direitos fundamentais sociais, não atende ao desiderato de sua função constitucional.

⁶⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 306.

⁶¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 111.

⁶² *Ibid.*, p. 111-112.

⁶³ *Ibid.*, p. 112.

Ao se distanciar dos objetivos que lhe foram conferidos pela Constituição, o Poder Judiciário perde o referencial ético e se neutraliza, propiciando um sistema que é favorável à manipulação dos direitos fundamentais pelos demais poderes estatais, levando até mesmo ao tratamento displicente dos mesmos⁶⁴.

O pressuposto de atuação do Poder Judiciário é o de realização dos direitos fundamentais por meio dos mecanismos processuais postos a sua disposição. Portanto, não poderá manter uma conduta meramente contemplativa, sujeita as arbitrariedades dos demais poderes, deverá o Judiciário na apreciação do direito fundamental violado pela omissão ou ineficiência do Estado, exercer conduta pró-ativa e corretiva.

Sem os direitos fundamentais, o Estado Social e Democrático de Direito perde seu conteúdo, e o afastamento do Judiciário da função de defensor de tais direitos, contribui diretamente para esse contexto.

Portanto, o Poder Judiciário precisa firmar o seu papel na sociedade que protege impondo o seu poder-dever de coibir atos e omissões que atentem ao direito, uma vez que detém a prerrogativa da aplicabilidade coativa da lei aos litigantes, assumindo sua posição como órgão controlador das atividades normativas do Executivo e como peça central da manutenção da estabilidade social do Estado Nacional. Portanto é essencial a atuação do Judiciário na aplicação do direito e na observância da segurança jurídica dos atos e omissões da Administração Pública em prol da proteção dos direitos fundamentais do cidadão⁶⁵.

5 A IMPORTÂNCIA DE PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO CENÁRIO ATUAL DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante de um cenário de completo descaso com os direitos fundamentais, ocasionada não só por atos comissivos dos agentes públicos violadores de tais direitos, mas também em razão da omissão da Administração Pública em prover e prestar esses direitos à população, como foi trabalhado no tópico anterior, que o Judiciário assumiu categoricamente o compromisso firmado com a Constituição de desempenhar a função de defensor supremo dos direitos fundamentais de todos os indivíduos.

⁶⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 113.

⁶⁵ FRANÇA, Philip Gil. *O Controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 116.

Nesse cenário, é inegável que todos os operadores do direito assumem hoje responsabilidades que ultrapassam o mecanicismo da aplicação silogística da lei, para contribuírem pessoalmente para o objetivo comum da realização da juridicidade plena. Mas, de modo especial, é o juiz ao decidir sobre as delicadas questões envolvendo os direitos fundamentais das pessoas frente à omissão e a ineficiência do Estado, que deixa de ser apenas a boca da lei, para personalizar a consciência do Direito⁶⁶.

No entanto, reconhecidas a abertura do sistema para a admissão do direito de ação em caso de lesão aos direitos fundamentais, bem como a plenitude de cognição das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário, resta assentar o mecanismo de justa composição de litígios, de modo a evitar a aplicação de decisões desarrazoadas e desproporcionais⁶⁷.

Se o Poder Judiciário está autorizado a examinar os meios utilizados e os fins a serem alcançados pelos demais poderes estatais no desenvolvimento de políticas públicas, não poderá estabelecer soluções desproporcionais e desarrazoadas para o caso concreto. Ao tutelar o direito à saúde pública, o Poder Judiciário deverá estar em harmonia com os critérios de justiça, de proporcionalidade e de razoabilidade que informam o ordenamento jurídico.

O princípio da proporcionalidade é o instrumento adequado para a correta composição do litígio social, uma vez que representa a “busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”⁶⁸, sintetizando os valores de justiça, proporcionalidade e razoabilidade, de onde emanam também as ideais de igualdade, harmonia, necessidade, equidade, congruência, equivalência, proporção e adequação⁶⁹.

O princípio da proporcionalidade, como princípio constitucional implícito, é imanente ao ordenamento jurídico pátrio, sobrepondo-se em grau de importância às normas infraconstitucionais⁷⁰. Portanto, o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional de aplicação a todos os ramos do Direito. Em razão disso é que o referido

⁶⁶ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006. p. 93.

⁶⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 161.

⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 30, p. 8-30, 2009. p. 18.

⁶⁹ CANELA JUNIOR, op. cit., p. 162.

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 110-112.

princípio funciona como parâmetro na atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de saúde e na efetivação do direito fundamental à saúde⁷¹.

O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por atos dos poderes públicos. Pelo princípio da proporcionalidade o juiz, ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão. Não se trata de sacrificar um dos direitos em benefício do outro, mas de aferir a razoabilidade dos interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico⁷².

Nesse sentido, a análise do princípio da proporcionalidade pressupõe, como já dito, a eleição de fins e a escolha de meios. No que tange os direitos fundamentais, os fins a serem alcançados são os descritos no artigo 3º da Constituição Federal⁷³, enquanto as políticas públicas, o que inclui o provimento jurisdicional, constituem os meios a serem empregados⁷⁴.

O postulado da igualdade material, encampado pelo artigo 3º da Constituição Federal, será concretizado por meio de políticas públicas que efetivamente irradiam os direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde. “O atendimento dos fins primordiais do Estado, por conseguinte, pressupõe necessariamente a efetivação dos direitos fundamentais em toda a sua extensão. Este pressuposto há de estar presente na ponderação de valores a ser realizada pelo Poder Judiciário”⁷⁵ na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim, a vedação ao excesso no exercício do poder, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, passou a ser instrumento amplamente usado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, permitindo a consecução da justiça sob um prisma de razoabilidade e de proporcionalidade⁷⁶.

Portanto, o princípio da proporcionalidade instrumentaliza a intervenção do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas de saúde, sempre que o direito

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 30, p. 8-30, 2009. p. 19-20.

⁷² *Ibid.*, p. 20-21.

⁷³ Constituição Federal, art. 3º “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁷⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 163.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 163-164.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 164.

fundamental à saúde e, conseqüentemente os objetivos do Estado Social e Democrático de Direito, forem alvo de violação pela Administração Pública. O referido princípio funciona como “catalisador de soluções possíveis” e adequadas a serem aplicadas pelo Judiciário em prol da efetivação do direito fundamental à saúde dos indivíduos⁷⁷.

CONCLUSÃO

Ao longo de toda exposição, procurou-se construir o cenário atual da jurisprudência brasileira a respeito da Tutela do Direito à Saúde Pública, sem se pretender a defesa da ampliação demasiada e sem parâmetros da atuação e do poder do Judiciário, mas visando abordar a necessidade do seu papel no atual Estado contemporâneo onde predomina a ineficiência e omissão da Administração Pública em prestar e efetivar o direito fundamental à saúde.

Nesse sentido, restou comprovado que é extremamente significativo o aumento do número de demandas judiciais com o objetivo de garantir o acesso à medicamentos e tratamentos de saúde e o Judiciário não pode se eximir de julgá-las e, principalmente não pode se eximir de buscar a concretização efetiva do direito à saúde constitucionalmente assegurado frente a não prestação estatal.

No entanto, deve se evitar a aplicação de decisões desarrazoadas e desproporcionais por parte do Judiciário. Em razão disso é que existe a necessidade de ressaltar a importância de parâmetros para a atuação jurisdicional no cenário atual de efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Portanto, conclui-se que no novo relacionamento entre Estado e Sociedade, o Judiciário deixa de ser o “aplicador formalista da lei para se tornar também agente das transformações sociais, utilizando no exercício de suas funções os instrumentos da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade para enfrentar as novas questões colocadas pelo pluralismo de interesses da sociedade moderna”⁷⁸ se colocando como protagonista na defesa e efetivação dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente do direito à saúde.

⁷⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p. 165.

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 111.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. 7ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos; PÉRES, Jesús González. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.

FRANÇA, Philip Gil. *O Controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: De excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*. Madrid: Thomson, Civitas, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário”. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 30, p. 8-30, 2009.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 Anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 09 de junho de 2011.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da; BLANKE, Hermann-Josef; SOMMERMANN, Karl-Peter (Coord.). *Código de jurisdição administrativa (o modelo alemão)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.