

FILIFE AUGUSTO LIMA HERMANSON CARVALHO

**O Mínimo Existencial e a Judicialização dos Direitos
Sociais**

Dissertação apresentada  Banca Examinadora do Programa de Pos-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior.

Universidade de São Paulo - USP

Faculdade de Direito

São Paulo - 2016

Folha de aprovação

Filipe Augusto Lima Hermanson Carvalho

O Mínimo Existencial e a Judicialização dos Direitos Sociais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Júnior.

Data da aprovação: ____/____/____

Banca examinadora:

José Levi Mello do Amaral Júnior – Professor Doutor da FADUSP

AGRADECIMENTOS:

Em primeiro lugar, sou imensamente grato a Deus, por tudo: vida, alegria, amigos, família, muitos irmãos e o tesouro maior desse mundo. É pela graça de Deus que sou o que sou; que sua graça para comigo não seja em vão.

Sou muito grato aos meus pais, Sérgio Paulo e Geni, por todo o amor e por uma herança que vale muito mais do que dinheiro; e à minha irmã, Fernanda, de quem tenho sempre muitas saudades.

À Fernanda Maria, agradeço por me fazer tão feliz (e também pela ajuda na correção de “alguns” errinhos de português). Quer casar comigo?

Sou e serei sempre muito grato ao professor José Levi Mello do Amaral Júnior, pela orientação paciente e por ter me dado a oportunidade de voltar aos bancos das arcadas. Das suas aulas para a graduação, que pude assistir como ouvinte, guardo o exemplo de professor que gostaria de ser e, quem sabe, serei um dia.

Sou muito grato aos meus grandes amigos da Faculdade onde mora a amizade, pelos cinco anos incríveis; especialmente àqueles que me ajudaram a redigir o presente trabalho, com sugestões, opiniões, indicações bibliográficas e almoços no centro da cidade: Clóvis Lourenço Júnior, Guilherme Bedin, Eduardo Kaibara, Dario Durigan, Fernando Biolcati, Horival Marques e Fernando Seixas. Ao meu grande amigo Caio Martins de Araújo sou grato ainda pela ajuda com as decisões dos tribunais alemães.

Agradeço também aos meus amigos da Procuradoria-Geral do Município de Mogi das Cruzes, que dividem comigo o trabalho e as agruras do dia-a-dia: Dalciani Felizardo, Luiz Gustavo Souza Nascimento, Carlos Henrique Miranda, Amanda Abbondanza, Fernanda Meira, Marja Dias, Wilson Fonseca, Nellisa Nascimento, Marcelo Silvério, Guilherme Sever, Roberto Patella e Naira Sposito. Aprendo muito com cada um e sem a ajuda de vocês a conclusão deste trabalho seria impossível. Agradeço ainda ao Prefeito de Mogi das Cruzes, Marco Bertaiolli, pela confiança e pela oportunidade de servir o Município e conhecer os desafios diários de um administrador público.

Por último, sou grato à Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que é infinitamente mais do que apenas um lugar, um prédio ou uma escola...

*“O povo que caminhava em trevas
viu uma grande luz (...). Porque um
menino nos nasceu, um filho nos foi
dado, e o governo está sobre os seus
ombros”.*

Isaiás 9: 2 e 6.

CARVALHO, Filipe Augusto Lima Hermanson. *O Mínimo Existencial e a Judicialização dos Direitos Sociais*. 2016. 240 pp. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Resumo

O controle de constitucionalidade de omissões relativas aos direitos sociais no Brasil, tal como praticado pelos juízes nos nossos dias, tem gerado uma série de efeitos deletérios, entre os quais a desorganização administrativa e o desperdício de recursos públicos, etc. Este cenário se deve a uma conjunção de fatores que impulsionam o ativismo judicial nesta área, somado à ausência de parâmetros dogmáticos capazes de gerar uma cultura de autocontenção na jurisdição constitucional. Como resposta a esta situação, parte da doutrina costuma sugerir a adoção da ideia de “mínimo existencial” como parâmetro, sustentando que, em se tratando de direitos sociais, os juízes só deveriam atuar diretamente no limite do que fosse estritamente necessário para a garantia da dignidade da pessoa humana. No presente trabalho, procura-se avaliar a possibilidade de adoção deste parâmetro, verificando sua origem, a maneira que as cortes brasileiras o têm utilizado e as possíveis formas de definição de seu conteúdo. Por fim, procura-se sugerir critérios para a conceituação do que seja o mínimo existencial referente ao direito à saúde, que é de longe o direito social que mais desafios traz aos juízes e administradores públicos brasileiros hoje em dia.

Palavras chave: Controle de constitucionalidade. Direitos sociais. Autocontenção. Mínimo existencial. Direito à saúde.

CARVALHO, Filipe Augusto Lima Hermanson. *O Mínimo Existencial e a Judicialização dos Direitos Sociais*. 2016. 240 pp. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

Abstract

The judicial review of omissions regarding social rights in Brazil, the way it is practiced by the judges today, have generated a series of deleterious effects, including the administrative disorganization and waste of public resources, etc. This scenario is due to a combination of factors that foster the judicial activism in this area, coupled with the absence of dogmatic parameters capable of generating a culture of self-restraint in the constitutional jurisdiction. In response to this situation, part of the doctrine usually suggests the adoption of the idea of "existential minimum" as a parameter, holding that, when it comes to social rights, judges should only act directly on the edge of what was strictly necessary for ensuring the dignity of human person. In this paper, we try to assess the possibility of adoption of this parameter by checking its origin, the way that Brazilian courts have used it and possible ways of defining its contents. Finally, we try to suggest criteria for the conceptualization of what is the existential minimum referring to the right to health, which is by far the social right that brings more challenges to judges and Brazilian public officials nowadays.

Keywords: Judicial review. Social rights. Self-restraint. Existential minimum. Right of health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- Premissas.....	09
- Quais direitos sociais? A judicialização dos direitos a prestações em sentido estrito como problema específico.....	11
- O mínimo existencial pode servir de parâmetro?.....	15
- Plano do trabalho.....	17

Capítulo I – A SUPREMACIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE AUTOCONTENÇÃO

1.1. Quem guardará os guardiões?.....	20
1.2. A necessidade de autocontenção.....	26
1.3. A judicialização dos direitos sociais como controle de constitucionalidade de omissões e a especial necessidade de autocontenção nestes casos.....	36

Capítulo II – ATIVISMO JUDICIAL, DIREITOS SOCIAIS E POSSÍVEIS EFEITOS DELETÉRIOS

2.1. O fenômeno da expansão global do Poder Judiciário.....	41
2.2. A realidade institucional brasileira.....	48
2.2.1. A presença em larga escala das condições catalisadoras do ativismo judicial em geral.....	48
2.2.2. A presença de fatores catalisadores específicos do ativismo judicial relacionado a direitos sociais a prestações materiais.....	58
2.2.3. O arcabouço teórico do ativismo judicial no Brasil: o neoconstitucionalismo e a “doutrina brasileira da efetividade”.....	64
2.3. O ativismo judicial no Brasil: a judicialização das questões distributivas.....	68
2.4. Os possíveis efeitos deletérios da judicialização excessiva dos direitos sociais a prestações materiais.....	79
2.4.1. As “críticas de legitimidade”.....	79
2.4.2. As “críticas institucionais”: o desperdício de recursos públicos, a desorganização administrativa e a questão da “reserva do possível”.....	81
2.4.3. As “críticas instrumentais”: a discricionariedade técnica e a necessidade de racionalidade alocativa para a promoção da igualdade social.....	89
2.5. A necessidade de estabelecimento de parâmetros: o mínimo existencial como possível critério ou limite para a judicialização dos direitos sociais.....	100

Capítulo III – A ORIGEM DA IDEIA DE MÍNIMO EXISTENCIAL: O ESTADO SOCIAL ALEMÃO

3.1. Noção ou conceito.....	112
3.2. A origem: os direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn.....	113
3.3. A dupla dimensionalidade da ideia de mínimo existencial e a jurisprudência alemã.....	118

Capítulo IV – O MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1. Introdução: base da pesquisa jurisprudencial.....	124
4.1.1. O mínimo existencial na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo	124
4.1.2. O mínimo existencial na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais - o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.....	129
4.1.3. O mínimo existencial na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	132
4.1.4. O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	137
4.2. Conclusões: o mínimo existencial como “topos” argumentativo.....	143

Capítulo V – O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMO DE AUTOCONTENÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM DIREITOS SOCIAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

5.1. A ideia de mínimo existencial pode ter alguma utilidade jurídica no Brasil?	148
5.1.1. A função jurídica autorizativa da ideia de mínimo existencial no Brasil: sua reduzida utilidade em relação à maioria dos direitos sociais e sua pertinência em casos extremos e na dimensão negativa.....	149
5.1.2. A função jurídica de autocontenção da ideia de mínimo existencial no Brasil: a conveniência de sua adoção e a necessidade de predefinição de seu conteúdo.....	155
5.2. A construção de um conceito funcional de mínimo existencial.....	160
5.2.1. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos sociais.....	161
5.2.2. A teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: sua redução à regra da proporcionalidade.....	166
5.2.3. A teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....	171
5.3. A opção pela teoria absoluta do conteúdo essencial: a inadequação da regra da proporcionalidade aos direitos sociais no Brasil e o argumento funcional.....	174
5.4. Conteúdo essencial absoluto-estático e conteúdo essencial absoluto-dinâmico	187

Capítulo VI – O MÍNIMO EXISTENCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

6.1. Direito à saúde e mínimo existencial.....	190
6.1.1. Direito à saúde, direito à vida e a ocorrência de “casos extremos”.....	191
6.1.2. A positivação do direito à saúde no Brasil: a discricionariedade técnica e as políticas públicas oficiais de assistência farmacêutica.....	193
6.1.3. A atuação do STF na tentativa de estabelecimento de parâmetros: a audiência pública e a STA 175.....	199
6.1.4. A atuação do Conselho Nacional de Justiça.....	204
6.2. Um conceito absoluto de mínimo existencial: três diretrizes.....	208
6.3. Um último questionamento: a possibilidade de positivação do mínimo existencial enquanto parâmetro e a responsabilidade institucional do STF diante do problema.....	214
6.4. Um último esclarecimento: mínimo existencial, ações individuais e ações coletivas.....	218

CONCLUSÕES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Premissas

O presente trabalho parte de duas premissas, que estarão presentes e serão desenvolvidas em seu corpo. De acordo com a primeira, a doutrina jurídica brasileira dos direitos sociais não tem sido capaz de construir parâmetros claros para a adjudicação destes direitos, o que tem contribuído para um excesso de judicialização nesta área. De acordo com a segunda, este excesso de judicialização tem gerado uma série de efeitos deletérios, donde exsurge urgente necessidade de fixação de parâmetros.

Na doutrina jurídica dos direitos sociais no Brasil destes dias (2013-2015), ao mesmo tempo em que muito se fala, muito pouco se diz. O discurso jurídico nesta área é recheado de lugares comuns e falha no seu papel de estabelecer parâmetros e definir diretrizes para que os juízes brasileiros possam atuar. A esta conclusão chega, entre outros, Thiago do Santos Acca, no inventário que faz acerca da Teoria Brasileira dos Direitos Sociais¹.

José Reinaldo de Lima Lopes, no prefácio do livro de Acca, resume de forma clara esta constatação, afirmando que no campo dos direitos sociais é fácil incorrer em sofismas², devido a sua pesada carga moral, e que o discurso brasileiro na matéria tem, em regra, um “tom apologético” e um “caráter missionário”³, muito pouco eficazes à efetiva orientação dos juristas e à promoção de fato destes direitos.

¹ “O discurso da doutrina brasileira dos direitos sociais é, em geral, óbvio, repetitivo, formado por frases de efeito e pouco aprofundado nos tópicos que se propõe a desenvolver. Busca-se a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, afirma-se que o Brasil é desigual, que se deve cumprir com a Constituição, mas tudo termina sem qualquer avanço teórico e sem qualquer compreensão mais aguçada da realidade”. Thiago dos Santos Acca, *Teoria Brasileira dos Direitos Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013, pg. 201.

² “No campo dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais, é fácil cair na sofisticada. (...) Tomemos a afirmação, transformada em texto legal: “todos têm direito à saúde”. Alguém objetaria? Mas desçamos um pouquinho mais na análise e perguntemos: você está falando da saúde como estado do ser vivo, ou você está falando dos recursos financeiros para garantir a prevenção ou a cura das doenças? Se for disso, de que forma de uso dos recursos você está falando? Está pensando no direito à prevenção universal ou a um remédio específico que contribuirá para sua saúde, mas não para a de todos?”. Idem, págs. 18 e 19.

³ “Um dos achados mais importantes do trabalho, inclusive pela possibilidade de ser generalizado, é o tom apologético (em geral) dos textos relativos aos direitos humanos no Brasil. O leitor é confrontado diretamente com o fato, minuciosamente documentado e comprovado, de que a rigor os autores da doutrina brasileira não a constroem de modo polêmico. Não citam os argumentos contrários e, conseqüentemente, não os rebatem. Isso enfraquece sobremaneira qualquer construção intelectual, qualquer estabelecimento de conceito. O resultado é, a meu ver, a presença de um discurso que em geral adquire o caráter missionário: exige-se uma adesão prévia, uma espécie de conversão. Depois de conquistados os prosélitos, é a eles que se dirige uma mensagem de reforço de suas convicções”. Idem, pg. 20.

O problema talvez não seja exclusivamente nacional. Analisando o contexto português, José Joaquim Gomes Canotilho salienta que existe uma grande carga de indeterminação dogmática no que respeita aos chamados direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Constituição de Portugal de 1976 e às formas e possibilidades de sua adjudicação. A esta indeterminação dogmática, o professor português deu o nome de “fuzzysmo”.

“Como todos sabem, fuzzy significa em inglês coisas vagas, indistintas, indeterminadas. Por vezes, o estilo fuzzysta aponta para o estilo do indivíduo. Ligeiramente embriagado. A nosso ver, paira sobre a dogmática e teoria dos direitos económicos, sociais e culturais carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando em termos caricaturais, sob a designação de fuzzysmo ou metodologia fuzzy”⁴.

Ainda que este possa ser um problema verificado em outros países, esta falta de critérios próprios para a análise e a adjudicação de direitos sociais nos parece ser particularmente verdadeira na jurisprudência brasileira. Entre as possíveis razões para isso, poderíamos mencionar o fato de o nosso sistema judicial ter sido construído de acordo com uma lógica liberal para a resolução de conflitos de justiça comutativa, não estando, pois, plenamente preparado para a resolução de conflitos de justiça distributiva⁵, além do excesso de ativismo judicial e do prestígio que a doutrina neoconstitucionalista tem alcançado entre nós.

A ausência de critérios dogmáticos próprios para os direitos sociais faz com que os juízes tendam a tratá-los como se direitos civis usuais fossem, aplicando a lógica credor-devedor, ignorando totalmente a dimensão coletiva destes direitos e,

⁴ Joaquim José Gomes Canotilho, *“Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Editora Coimbra, Coimbra – 2004, pg. 100.

⁵ *“É certo que esse modo de ser liberal forjou as instituições que temos hoje, inclusive as judiciárias. Contudo, as tensões da vida em sociedade parecem estar colocando à prova essas instituições, porque não se ajustam mais ao perfil unidirecionado, uniorganizado e vertical de comando e controle representado pelo direito liberal. Sob o prisma substancial, as questões de justiça (inclusive de justiça proporcional, ou seja, distributiva), não parecem mais ser estranhas ao direito. Estão nas leis de consumo, na proteção ao meio ambiente, na proibição de lesão nos contratos, nas novas cartas de direitos. O proporcional e o distributivo parecem ter sido reintroduzidos invariavelmente na agenda jurídica plural da sociedade contemporânea, mas as instituições não sabem como operá-los”.* Marcos Paulo Verissimo, *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no pós-1988*, tese de doutora, FADUSP – 2006, pg. 110.

sobretudo, os enormes custos necessários a sua efetiva implementação⁶. Ocorre que esta atuação sem parâmetros próprios tem gerado uma série de efeitos deletérios, especialmente no que se refere ao direito à saúde, efeitos os quais serão tratados com certo vagar mais a frente neste trabalho.

Quais direitos sociais? A judicialização dos direitos a prestações em sentido estrito como problema específico

Como se pôde perceber do título do presente trabalho e de seu primeiro tópico acima, o presente estudo tem como objeto os chamados direitos sociais. Mas o que são propriamente “direitos sociais”?

Por direitos sociais podemos entender, em sentido amplo, os direitos fundamentais destinados à melhoria das condições de vida da classe trabalhadora⁷. A despeito da crítica de diversos doutrinadores a esta classificação, os direitos sociais são também chamados de direitos de segunda geração, por terem surgido, como regra, em um segundo momento do constitucionalismo (sobretudo no início do século XX), após a consolidação das liberdades públicas nas constituições nos séculos XVIII e XIX⁸.

A Constituição Federal, em seu Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, traz um capítulo em que trata dos direitos sociais (Capítulo II,

⁶ “O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais – normalmente entre um credor e um devedor – para a área dos direitos sociais. Como será demonstrado adiante, um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários”. Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 588.

⁷ Elival da Silva Ramos, *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, São Paulo – 2007, pg. 331.

⁸ “A despeito de certa oposição doutrinária, os estudos de Direito Constitucional Comparado revelam razoável consenso na utilização da expressão “gerações de direitos fundamentais” para indicar o fenômeno do adensamento do catálogo desses direitos, com a incorporação de novas posições jurídicas ativas, dotadas de estrutura e funções assemelhadas e que, por conseguinte, podem ser agrupadas em uma mesma categoria. Assim é que as Cartas oitocentistas ocupavam-se, essencialmente, das liberdades públicas e dos direitos políticos, situados como instrumentos de contenção do arbítrio estatal, em prol da liberdade individual. A partir do advento das Constituições social-democráticas, capitaneadas pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, uma nova categoria de direitos fundamentais obteve reconhecimento normativo e doutrinário, a dos direitos econômicos e sociais, fenômeno esse que constitui o marco de uma profunda reformulação no papel do Estado democrático, do qual se passa a exigir que proporcione as condições materiais necessárias ao pleno desenvolvimento da personalidade humana”. Idem, pg. 330.

artigos 6º a 11), prevendo, em síntese, como direitos desta espécie a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados (art. 6º, *caput*). Os artigos seguintes tratam, em resumo, de direitos dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve, de associação sindical, de participação em órgãos deliberativos, etc.

Mas os direitos sociais previstos na Constituição de 1988 não se esgotam no mencionado capítulo. Com efeito, a Constituição prevê outros direitos dessa natureza ao longo de seu texto, direitos os quais também podem ser considerados desdobramentos destes já mencionados. Assim são, por exemplo, as disciplinas constitucionais da previdência e da assistência social (artigos 201 a 204), da educação e cultura (artigos 205 a 216) e da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (artigos 226 a 230).

Há diversas formas possíveis de classificação dos direitos sociais previstos na Constituição brasileira, entre as quais, a classificação por objetos de proteção (exemplo, direitos sociais dos trabalhadores, direitos sociais das crianças, etc.). Elival da Silva Ramos, entretanto, considera tal classificação, fundada no objeto protegido, como sendo de pouca relevância prática, sugerindo, em seu lugar, critério classificatório fundado nas funções que referidos direitos exercem, com o que concordamos plenamente⁹.

É que, de acordo com lição doutrinária que será de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho, os direitos sociais não constituem uma categoria uniforme de direitos fundamentais, abrangendo direitos submetidos a regimes jurídicos de aplicabilidade diferentes¹⁰. Como salienta Ingo Wolfgang Sarlet, sob a denominação “direitos sociais” convivem tanto direitos primordialmente defensivos, que demandam fundamentalmente abstenções estatais para sua garantia, quanto direitos predominantemente prestacionais, que demandam ações estatais¹¹.

Exemplifica-se: há direitos sociais previstos na Constituição Federal que, a despeito de serem direitos de segunda geração, têm natureza em tudo semelhante às clássicas liberdades públicas, atuando como trunfos dos cidadãos contra a ação do Estado e

⁹ Idem, pg. 332.

¹⁰ Idem, pg. 335.

¹¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 166. Importante pontuar que tão logo faz a afirmação acima mencionada, este autor salienta que a classificação das normas de direitos fundamentais de acordo com suas funções se deve à predominância de uma delas em relação à outra, já que todos estes direitos trazem em si, como regra, ambas as funções.

dos demais particulares, como por exemplo, o direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição Federal, ou o direito de associação sindical, previsto no art. 8º. Outros, porém, têm natureza totalmente diversa, sendo o caso, por exemplo, do direito à assistência social, consagrado fundamentalmente no art. 203, V da Constituição, segundo o qual toda a pessoal portadora de deficiência ou idosa que comprove não possuir meios suficientes de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família tem direito a um salário mínimo mensal por parte do Estado.

Ante estas considerações, este trabalho adotará a classificação de direitos fundamentais proposta por Ingo Wolfgang Sarlet¹², baseado na obra de Robert Alexy. De acordo com esta classificação, os direitos fundamentais se dividiriam, inicialmente, em direitos de defesa (também chamados de direitos a liberdades) e direitos a prestações. Os direitos a prestações por sua vez, dividir-se-iam em direitos a prestações em sentido amplo (nos quais estariam abrangidos os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito, que seriam direitos ao recebimento de bens materiais disponíveis no mercado¹³.

Muito embora, como dito, sobre a rubrica “direitos sociais” estejam abrangidos tanto direitos de defesa, quanto direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito, é sobre estes últimos que este trabalho se debruçará. Isto porque, é a adjudicação e o controle de constitucionalidade de direitos desta última espécie que trazem em si os maiores problemas dogmáticos, por serem estes os direitos que envolvem questões de justiça distributiva e em que a dimensão acerca dos custos ganha extrema importância¹⁴.

¹² Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 167. Elival da Silva Ramos, baseado na doutrina de Gomes Canotilho, parece adotar classificação bastante semelhante, admitindo a categoria “direitos sociais a prestações em sentido estrito”. Op. cit., pg. 332.

¹³ “Direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, pg. 499.

¹⁴ “Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa, razão pela qual a razão está com Canotilho ao enfatizar a necessidade de “cimentar

Em mais simples palavras, este trabalho tem como objeto direitos fundamentais como saúde, educação, moradia e assistência social, sempre no que respeita a sua dimensão positiva. Isto porque, é na adjudicação e no controle de constitucionalidade de direitos desta espécie que a ideia de “mínimo existencial” pode ter alguma utilidade, como se verá. É para se referir a direitos como estes - direitos a prestações em sentido estrito - que usaremos a dicção “direitos sociais” ou, alternativamente, “direitos sociais a prestações materiais”, como fizemos inclusive no título do trabalho, salientando que o uso do termo “direitos sociais” como sinônimo de “direitos a prestações em sentido estrito” é recorrente na doutrina.

Como se verá, ainda que a presente pesquisa tenha como objeto todos os direitos a prestações em sentido estrito, seu foco acabará se voltando mais para o direito à saúde, muito mais por uma questão prática do que propriamente por uma opção. É que, como restará claro, este direito não apenas permite em maior medida a utilização da ideia de mínimo existencial, devido a sua previsão em normas de eficácia limitada, como também é aquele que tem gerado o maior número de problemas práticos na realidade brasileira.

Ainda neste tópico e para, inclusive, sustentar a classificação acima exposta, cumpre-nos dizer que nos filiamos à doutrina que entende haver sim diferenças, no ordenamento jurídico pátrio, entre direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações em sentido estrito no que respeita a sua aplicabilidade, a despeito da dicção do §1º de seu art. 5º, segundo o qual “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. É que este dispositivo não tem por si só o condão de transformar a natureza de normas que o próprio constituinte insculpiu como sendo normas de eficácia limitada, dependentes de intermediação legislativa para poder gerar efeitos em sua plenitude, pelo que a imediata aplicabilidade dos direitos a prestações em sentido estrito não pode significar equiparação aos demais direitos para todos os efeitos.

É a lição, entre outros, de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem foi justamente em razão da admissão da existência de normas de eficácia limitada que o constituinte trouxe a disposição do art. 5º, §1º da CF, de modo que, “*ainda que estes*

juridicamente” o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais , econômicos e culturais”. Ingo Wolfgang Sarlet, op.cit., pg. 280.

direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis, não há, por certo, como sustentar que o sejam de forma idêntica aos direitos de defesa”¹⁵. No mesmo sentido é a lição de Elival da Silva Ramos:

“Entretanto, sem que deva proclamar a inutilidade do dispositivo, é preciso reconhecer que não há correspondência plena a sua dicção textual e as consequências que dele efetivamente dimanam. Em outras palavras, não se pode extrair do §1º, do art. 5º, da Constituição brasileira a consequência de haver eliminado a existência de normas-sede de direitos fundamentais de eficácia limitada contrariando a técnica utilizada pelo próprio Constituinte na estruturação de alguns destes direitos e, sobretudo, a finalidade de muitos deles, que é a de servir de norte para os Poderes Públicos, em uma contínua e prospectiva atividade de concretização da vontade constitucional”.¹⁶

O mínimo existencial pode servir de parâmetro?

Reconhecendo como verdadeiras as duas premissas acima assentadas, em especial a segunda, de acordo com a qual a adjudicação de direitos sociais a prestações materiais tal como praticada no Brasil dos nossos dias, especialmente no que respeita ao direito à saúde, tem gerado uma série de efeitos nocivos, alguns doutrinadores brasileiros têm reconhecido a necessidade de se adotar parâmetros para esta atuação. Entre estas balizas que os autores costumam apontar, é recorrente a menção de que os magistrados brasileiros deveriam se valer do conceito ou noção de “mínimo existencial” na sua atuação relativa a direitos sociais^{17, 18}.

¹⁵ Op. cit., págs. 264 e 268.

¹⁶ *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, São Paulo - 2007, pg. 339.

¹⁷ É o diagnóstico feito por Thiago dos Santos Acca. Em seu livro *Teoria Brasileira dos Direitos Sociais* (Editora Saraiva, São Paulo – 2013), procurou este autor traçar um panorama acerca da doutrina brasileira no que respeita aos direitos sociais, constatando, entre outras coisas, que “há uma clara tendência na doutrina brasileira dos direitos sociais em utilizar conceitos como “dignidade da pessoa humana” e “mínimo existencial” para justificar a aplicação de direitos sociais. Estes conceitos funcionam como uma espécie de cinturão como uma espécie de cinturão protetor do indivíduo” (pg. 189).

¹⁸ No capítulo 3, item 3.5, abaixo serão citados alguns autores que trazem sugestões neste sentido. Por todos, Ada Pellegrini Grinover: “É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa. O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação

Apenas como exemplo do que ora se afirma, citamos Ana Paula de Barcellos, que, após distinguir as diversas modalidades de eficácia jurídica dos direitos fundamentais, afirma que, no que toca às normas de eficácia limitada relativas a direitos sociais, apenas as condições materiais integrantes do chamado “mínimo existencial” possuem eficácia jurídica positiva ou simétrica, podendo ser imediatamente implementadas pelo Poder Judiciário, de modo que este seria o limite além do qual a implementação destes direitos só poderia se dar por meio da deliberação democráticas própria dos demais Poderes¹⁹.

Pois bem. Acreditamos que o crescimento da judicialização de direitos sociais no Brasil e a constatação dos efeitos deletérios desta atuação tal como realizada em nosso País atualmente - sobretudo no que toca ao direito à saúde - por si só já tornam relevante o estudo acerca do estabelecimento de possíveis limites dogmáticos ao fenômeno e, especificamente, o estudo da ideia de “mínimo existencial” como um destes possíveis limites (talvez como o mais mencionado deles).

É precisamente este o objeto do presente trabalho: a ideia de mínimo existencial e sua efetiva e potencial utilização como parâmetro para a adjudicação de direitos sociais no Brasil. Para tanto, longe de termos a pretensão de esgotar o tema ou mesmo de apresentar parâmetros definitivos para a resolução de problema tão complexo como o que ora se apresenta, procuraremos nos esforçar para tentar responder de algum modo às seguintes questões, nesta ordem:

- a) Em termos gerais, de que forma deve se dar a jurisdição constitucional acerca dos direitos sociais a prestações materiais no Brasil? Devem os tribunais atuar de modo amplo e irrestrito ou guiados por uma lógica de autocontenção (*self-restraint*)? Por quais razões?
- b) Qual a origem da noção de mínimo existencial? Em qual contexto institucional foi a ideia inicialmente desenvolvida e como foi utilizada, em linhas gerais, na jurisprudência da Alemanha, seu País de origem?

administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei”. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coord., O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro – 2013, pg. 133.

¹⁹ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2011, págs. 292 e 297

c) De que forma a jurisprudência brasileira tem se utilizado da ideia de mínimo existencial? Tem esta ideia, de fato, servido como parâmetro ou instrumento de autocontenção à judicialização dos direitos sociais?

d) Tendo em vista que o fato de que a ideia de mínimo existencial foi criada no seio de uma ordem constitucional em que não há a previsão expressa de direitos sociais a prestações materiais (a Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn de 1949), pode ter a ideia em questão de fato alguma utilidade no contexto constitucional brasileiro, de uma carta magna que traz um extenso e pormenorizado rol de direitos sociais a prestações materiais? Entre as eventuais utilidades da ideia de mínimo existencial, poderia estar o papel de mecanismo de autocontenção da jurisdição constitucional?

e) Em se concluindo pela utilidade da ideia de mínimo existencial como parâmetro ou limite para a adjudicação dos direitos sociais, de que modo isto poderia se dar? Como seria, por exemplo, sua aplicação aos processos relativos ao direito à saúde, que são aqueles de longe mais recorrentes no Brasil no que respeita aos direitos sociais?

Plano do trabalho

A fim de levar a cabo a tarefa a que nos propomos, o presente trabalho será dividido em seis capítulos, além desta introdução, os quais serão dispostos em grande parte em obediência à ordem das questões que acima colocamos. Como se vê, esta introdução teve por intuito apenas tecer algumas considerações iniciais e explicar, resumidamente, as propostas da dissertação e os assuntos que serão seu objeto.

A ideia do capítulo 1 é, resumidamente, discutir a priori e em linhas gerais, qual o papel da jurisdição constitucional no contexto de um Estado democrático de direito. Acreditamos que esta discussão preliminar é de fundamental importância, pois concordamos com a lição de José Reinaldo Lima Lopes no sentido de que a efetividade dos institutos jurídicos está intimamente relacionada ao desenvolvimento de uma cultura

jurídica que lhe possa atribuir significado²⁰. Em outras palavras, a utilidade da ideia de mínimo existencial e a perfeita compreensão de seu papel, seja no Brasil ou no exterior, demandará necessariamente a adoção de premissas anteriores acerca de como deve atuar, em linhas gerais, a jurisdição constitucional, sendo esta justamente a discussão objeto do presente capítulo.

Acreditamos que a tentativa de obtenção de resposta a estas primeiras indagações nos levará à conclusão de que, se for possível falar em termos gerais, a jurisdição constitucional deve, como regra, atuar de modo deferente e autocontido em relação aos demais Poderes, necessidade esta que se faz ainda mais urgente no que respeita ao controle de constitucionalidade de omissões relativas aos direitos sociais a prestações materiais, por diversos aspectos, que serão trazidos em detalhe.

No capítulo 2, procuraremos trazer argumentos que visam reforçar nosso posicionamento exposto no final do capítulo anterior. Para tanto, traremos dados que demonstram que o ativismo judicial em matéria de direitos sociais a prestações materiais, tal como praticado no Brasil de nossos dias (especialmente no que respeita ao direito à saúde), tem acarretado uma série de efeitos perniciosos, donde exsurge a necessidade urgente de estabelecimento de parâmetros. Ainda neste capítulo, procuraremos demonstrar que um possível parâmetro para esta atuação jurisdicional, recorrentemente mencionado na doutrina, é a ideia de mínimo existencial.

No capítulo 3 é que iniciaremos, de modo propriamente dito, a tentativa de verificação da utilidade da ideia de mínimo existencial como baliza para a atuação da jurisdição constitucional em matéria de direitos sociais a prestações materiais. Para isto, este capítulo visa traçar um panorama geral sobre a origem da ideia de mínimo existencial e citar algumas decisões em que a Corte Constitucional alemã se utilizou desta ideia. Reputamos importante esta análise, a fim de podermos verificar quais as funções possíveis funções que a ideia de mínimo existencial pode ter na seara dos direitos sociais.

Com as conclusões que pudermos obter no capítulo anterior, ingressaremos no capítulo 4 com o objetivo de traçar um panorama acerca da ideia de mínimo existencial na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Acreditamos que este

²⁰ José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Humanos e Modernização do Pensamento Jurídico Brasileiro*, in REIS, Elisa e ZILBERMAN, Regina (orgs). *Retratos do Brasil*, EDIPUCRS, Porto Alegre – 2004, pg. 98.

capítulo nos levará à conclusão de que a jurisprudência brasileira tem utilizado a ideia de mínimo existencial de forma pouquíssimo criteriosa, transformando-a em um verdadeiro “topos” argumentativo, pelo que a ideia em questão não tem de fato servido como instrumento de autocontenção à judicialização dos direitos sociais, como a doutrina costuma sugerir.

À luz dos dados até então obtidos acerca da ideia de mínimo existencial de sua relação com os direitos sociais, o capítulo 5 procurará responder inicialmente à questão da utilidade da ideia de mínimo existencial entre nós, visto que a Constituição brasileira, ao contrário da Lei Fundamental de Bonn, traz um extenso e pormenorizado rol de direitos sociais a prestações materiais. Ainda neste capítulo, manifestaremos nosso entendimento de que a ideia de mínimo existencial, a despeito das diferenças existentes entre a Constituição brasileira e a Lei Fundamental alemã, pode ter sim alguma utilidade na realidade brasileira, ainda que esta utilidade seja bastante reduzida em relação, por exemplo, à Alemanha. Em seguida, a partir da doutrina que trata do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, procuraremos indicar de que modo a ideia de mínimo existencial pode servir de instrumento de autocontenção judicial no que respeita aos direitos sociais a prestações materiais.

Por fim, no capítulo 6, procuraremos traçar algumas diretrizes para aplicação a ideia de mínimo existencial como instrumento de autocontenção no que respeita ao direito à saúde no Brasil, que é, com certeza, o direito social que tem causado mais discussões na realidade brasileira e, assim, necessita mais urgentemente de balizas para sua implementação pelo Poder Judiciário.

I – A SUPREMACIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE AUTOCONTENÇÃO

1.1. Quem guardará os guardiões?

A civilização ocidental moderna deve muito à civilização grega antiga. A influência dos povos helênicos no mundo ocidental se espalha desde as artes aos esportes, passando pelo teatro, pela música, pela literatura e pela arquitetura. Pode-se dizer que o pensamento filosófico, tal como o conhecemos, também surgiu na Grécia, através da obra de pensadores como Sócrates, Platão e Aristóteles, que introduziram os fundamentos imprescindíveis da utilização de conceitos e definições universais e do raciocínio indutivo²¹.

A influência da civilização grega se estende também à política. Foi na cidade de Atenas, a mais importante da Grécia antiga, que surgiu, no século de seu apogeu (V a.C.), o sistema de governo que pela primeira vez se chamou democracia - ou governo do povo na língua grega²² -, ainda que naquela época apenas cerca de dez por cento da população ateniense tivesse efetivamente direito à participação nas assembleias. O sistema de governo democrático, então surgido, veio a ser hegemônico no mundo moderno, se não tanto sob seu ponto de vista prático e efetivo, pelo menos no campo ideológico. Neste sentido, afirma Norberto Bobbio²³:

“Hoje “democracia” é um termo que tem conotação fortemente positiva. Não há regime, mesmo o mais autocrático, que não goste de ser chamado democrático. A julgar pelo modo através do qual hoje qualquer regime se autodefine, poderíamos dizer que já não existem no mundo

²¹ Para o nascimento da filosofia na Grécia antiga, ver Fábio Konder Comparato, *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, Editora Companhia das Letras, São Paulo – 2006, em especial o seguinte trecho: “A filosofia, ou teoria racional da ética, principia com Sócrates. Foi ele, afirma Aristóteles no livro *M da Metafísica*, quem primeiro procurou definir as virtudes morais, isto é, exprimir a sua essência por meio de uma fórmula geral. Aberto assim, pela via dos conceitos, dos raciocínios indutivos e das definições universais, o caminho do conhecimento racional, a reflexão ética atingiu desde logo, com os dois mais eminentes seguidores do método, Platão e Aristóteles, uma notável elevação”. Pg. 91 e ss.

²² “Mas no que concerne à democracia como a entendemos ainda hoje, e como é entendida em todo o mundo, no bem e no mal, ela nasceu na Europa há mais de dois mil anos. A própria palavra, hoje difundida em todos os lugares, que significa, como todos sabem, poder (*kratós*) do povo (*démos*), chegou até nós com idêntico significado de quando foi cunhada pela primeira vez cinco séculos antes de Cristo”. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, Editora Campos, Rio de Janeiro – 2000, pg. 416.

²³ Idem, pg. 375.

regimes não-democráticos. Se as ditaduras existem, existem apenas, como dizem os autocratas, com o objetivo de restaurar o mais rápido possível a verdadeira democracia, que deverá ser, naturalmente, melhor do que a democracia suprimida pela violência”.

Entre as mais importantes e influentes obras da filosofia política escritas no século de ouro de Atenas (séc. V a.C.) está *A República* de Platão. Nela, a partir da premissa de que um mesmo paradigma de justiça deve orientar não só o indivíduo na sua vida privada, mas também toda a vida na *pólis*²⁴, o grande filósofo ateniense, pela boca de Sócrates, passa a analisar e discorrer sobre uma série de aspectos da cidade que considera ideal, pelo que *A República* pode ser considerada a primeira das “utopias políticas”²⁵.

A tese central de Platão nesta obra talvez possa ser resumida da seguinte forma: a cidade só será justa se for administrada por indivíduos que conheçam com profundidade a realidade, pois só o conhecimento da realidade poderá revelar a cidade como ela deve ser, e os indivíduos que melhor conhecem a realidade são justamente os filósofos²⁶.

Neste caminho, no Livro II de *A República*, Sócrates e seus interlocutores começam a discutir como se tivessem a oportunidade de fundar uma cidade, definindo as estruturas básicas de uma determinada sociedade, com o objetivo de torná-la justa²⁷.

²⁴ “Para Platão, não há dois modelos de justiça, um para o indivíduo e outro para a sociedade. É sempre o mesmo paradigma que deve orientar, quer a vida individual, quer as instituições políticas. Daí o método que o filósofo propõe ao iniciar a pesquisa sobre a justiça, em *A República*: enxerga-la em primeiro lugar na *pólis*, onde ela aparece em traços mais largos e visíveis, para só depois considera-la em escala individual, onde sempre é mais difícil o seu reconhecimento”. Fábio Konder Comparato, op. cit., pg. 97.

²⁵ “Ora, se a cidade bem governada só pode ser aquela que reproduz na medida do possível o real, e o real é uno, imutável e sempre o mesmo, a boa legislação, implantada pelo filósofo que a conhece, deverá, portanto, tentar, na medida do possível a uma cidade, nela preservar sua unidade, imutabilidade e identidade. Esse é o princípio que norteará a formação dessa cidade que Sócrates e seus interlocutores passarão a conceber a partir do segundo livro do diálogo. Não há como evitar caracterizá-la como uma “cidade ideal” (...). A partir desta verdade fundamental, fez-se de *A República* a primeira das utopias políticas”. Roberto Bolzani Filho, na introdução de Platão, *A República*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2014, pg. XXIV.

²⁶ Idem, pg. XXV.

²⁷ “- Muito bem! disse Adimanto. Mas, Sócrates, e o que vês de semelhante a isso na pesquisa sobre a justiça?

“- Eu já te digo... disse. A justiça, afirmamos nós, é própria de um indivíduo... É também da cidade toda?

“- Sem dúvida, disse ele.

“- E a cidade é maior que o indivíduo?

“- Maior, disse.

“- Ora, num espaço maior, talvez haja mais justiça e seja mais fácil entendê-la. Se quiserdes, portanto, primeiro examinemos como ela é nas cidades; depois a examinemos no indivíduo, procurando na forma da menor a semelhança com a da maior.

“- Penso que está bem como dizes, disse.

Chegam à conclusão de que uma cidade modelo depende da existência de indivíduos capazes em cada uma das atividades úteis à coletividade e que os indivíduos, por sua própria natureza, têm aptidões diferentes, de modo que a sociedade alcançaria um maior grau de justiça quanto mais apropriadamente a cada cidadão fosse dada uma função adequada a suas aptidões²⁸.

Dentre todas as atividades e ocupações imprescindíveis à existência de uma sociedade, Sócrates e seus companheiros apontam como sendo a mais importante a função dos “guardiões da cidade”. Como se sabe, as cidades-estados gregas da época de Platão (século V a.C) viviam grande instabilidade política e se viam recorrentemente envolvidas em guerras contra forças estrangeiras e entre si²⁹. Neste contexto, sem que houvesse indivíduos capazes de garantir a segurança da sociedade, nenhum desenvolvimento social se faria possível e todas as demais atividades da cidade restariam comprometidas.

Entretanto, para que a classe dos guardiões pudesse eficazmente garantir a segurança de toda a sociedade, estes indivíduos deveriam necessariamente possuir armas e treinamento que lhes fizessem fortes para tanto, além de corajosos e impetuosos contra forças inimigas. Logicamente, quanto mais fortes e poderosos fossem os guardiões de uma determinada cidade, mais segura estaria esta mesma cidade e mais propícia ao florescimento da justiça³⁰.

É daí, justamente, que advém o possível problema, mais que intuitivo para todos os que pensam a respeito, e que não passou despercebido por Sócrates neste diálogo platônico: como garantir que a classe dos guardiões, que pretensamente deveria ser dotada do máximo de força e poder possível, não use estes mesmos atributos contra a própria sociedade que deveria proteger? Em outras palavras, quem guardará os guardiões?

“- Então, disse eu, será que, se imaginássemos ver o nascer de uma cidade, também veríamos o nascer de sua justiça e também o nascer de sua injustiça?” Idem, pg. 62.

²⁸ “-Ah! Mas exigíamos que um sapateiro não tente ser, ao mesmo tempo, agricultor, tecelão ou construtor, mas seja sapateiro, para que o trabalho de sapataria seja bem feito. A cada um dos outros, atribuímos uma única tarefa, aquela para a qual ele tem inclinação natural e que, sem se ocupar com outras coisas, exercendo-a durante toda a sua vida, sem deixar escapar as oportunidades, desempenhará com perfeição. E, quanto às tarefas que dizem respeito à guerra, não é de muita importância que sejam bem executadas?” Idem, pg. 70.

²⁹ A mais famosa delas é a Guerra do Peloponeso, entre Atenas e Esparta, que durou 27 anos, entre 431 e 404 a. C. e é considerada causa do declínio político dos povos helênicos. Neste sentido Fábio Konder Comparato, op.cit., pg. 107.

³⁰ Idem, pg. 70 e ss.

Está-se diante de questão absolutamente clássica, considerada por muitos como a mais antiga das questões da teoria política³¹.

Como dito, Platão não deixa de perceber e de dar sua resposta ao problema levantado, resposta esta que o economista ganhador do prêmio Nobel de 2007, Leonid Hurwicz, considera otimista³². Em *A República*, Platão faz diversas considerações no sentido de que os guardiões da cidade, além de fortes, poderosos e impetuosos em relação aos inimigos, teriam de ser também cultos, amantes da sabedoria e brandos para com seus concidadãos, tal qual cães de raça, por mais contraditórias que estas qualidades possam parecer entre si³³.

Com efeito, Platão estava convencido de que a cidade-estado modelo poderia formar guardiões com todas estas qualidades, desde que eles fossem educados corretamente e desde cedo de um “modo apropriado”. A educação que Platão considera apropriada à formação dos guardiões perfeitos envolveria, além de disciplinas físicas e artísticas, o ensinamento de um conjunto de mitos previamente elaborados por poetas sob a supervisão dos reis-filósofos da cidade, mitos estes capazes de moldar a personalidade dos guardiões mediante a formação de sua cosmovisão³⁴. Em outras palavras, Platão sugere

³¹ Neste sentido, Martin Shapiro. *Who Guards the Guardians?: judicial control of administration*, University of Georgia Press, London – 1992, pg. 01.

³² “*Half a millenium or so earlier, Plato in the Republic expressed a more optimistic view regarding the guardians or rulers of the city-state, namely that one should be able to trust them to behave properly; that it was absurd to suppose that they should require oversight*”. Leonid Hurwicz, *But Who Will Guard the Guardians?*, American Economic Review, American Economic Association, vol. 98 (3), págs. 577/585, June – 2008, disponível na internet.

³³ “- *Então, que faremos? disse eu. Onde acharemos um modo de ser que seja brando e, ao mesmo tempo, muito impetuoso? É que a natureza branda é oposta à impetuosa...*

“-*Parece.*

“-*Se lhe faltar, entretanto, uma dessas qualidades, de modo algum se tornará um bom guardião. (...)*

“-*Onde?*

“-*Podemos encontra-las em outros animais; principalmente, porém, naquele que comparamos com o guardião. Deves saber que é próprio dos cães de boa raça que, por natureza, seu modo de ser com aqueles com quem estão habituados e são seus conhecidos seja tão brando quanto possível, mas comportam-se de modo oposto com os desconhecidos.*

“-*Sei, sim.*

“-*Ah! Isso é possível, disse eu, e não vamos contra a natureza quando estamos buscando tal guardião*”. Platão, op.cit., págs. 71 e 72.

³⁴ “- *Em primeiro lugar, então, devemos manter vigilância sobre os que criam os mitos e, se criarem um belo mito, devemos incluí-lo em nossa seleção e, se não, excluí-lo. Os mitos que forem escolhidos nós persuadiremos as amas e as mães que os narrem às crianças e com eles moldem suas almas muito mais que com suas mãos lhes moldam os corpos. (...)*

“- *Adimanto, nem tu nem eu somos poetas neste momento, mas fundadores de uma cidade. Aos fundadores cabe conhecer os modelos segundo os quais os poetas devem compor os mitos, e não permitir que os componham sem ater-se a esses modelos.*” Idem, págs. 75 e 77.

expressamente, em diversos trechos, que os guardiões vivam sob engano, acreditando sinceramente em mentiras inventadas³⁵.

O filósofo grego acreditava tanto que esta educação baseada em “mentiras úteis”³⁶ poderia formar guardiões confiáveis que, mais a frente, já no Livro III de sua obra, põe na boca de Glauco, em resposta a Sócrates, a afirmação de que seria ridículo supor que os guardiões precisariam de guardiões.

Ao longo da história, entretanto, outros autores não trataram o problema com o mesmo otimismo. Leonid Hurwicz cita, a propósito, o autor romano Juvenal, que, muito embora não o tenha feito em um escrito político – mas, antes, em uma de suas sátiras -, coloca a questão para insinuar que as esposas não seriam confiáveis e que não adiantaria colocá-las sob vigilância, pois os vigilantes também não seriam confiáveis³⁷. Deste modo, o problema, na sua concepção, simplesmente não teria solução.

Como já referido, o problema abordado tanto por Platão como por Juvenal esteve sempre na ordem do dia dos pensadores políticos e dos juristas desde a antiguidade, pois se refere, no limite, precisamente à questão de como se controlar o próprio poder. Em sendo a existência do poder político uma realidade não apenas inevitável como também necessária às sociedades humanas, os estudiosos de todos os tempos sempre buscaram criar estruturas e mecanismos capazes de impedir que os titulares

³⁵ A solução de Platão para o problema levantado é no mínimo curiosa. A questão da educação dos guardiões da cidade-estado modelo é discutida longamente no final do Livro II e no início do Livro III de *A República* (op. cit., pg. 72 a 112). Apenas como exemplo de diretriz para os mitos que deveriam ser ensinados aos futuros guardiões, Platão diz que deveriam ser proibidas menções ruins acerca da vida após a morte, pois se os guardiões acreditassem que “o Hades existe e é terrível”, tenderiam a preferir escravidão e captura à morte nos campos de batalha, tornando-se assim menos corajosos (idem, pg. 88). Em outro trecho, Platão considera que devem ser proibidas quaisquer histórias que relatem atos desonestos ou de ódio praticados por deuses, tais como traições ou vinganças - que eram comuns na mitologia grega antiga, em que os deuses tinham personalidades humanas -, a fim de que os guardiões fossem honestos e pacíficos (idem, pg. 76).

³⁶ “- *A verdadeira mentira é odiada não só pelos deuses, mas também pelos homens.*

“- *É o que eu penso.*

“- *E a mentira com palavras? Quando e para quem ela é útil a ponto de não merecer ódio? Não será útil contra os inimigos e em favor daqueles a quem chamamos amigos quando, por causa de um delírio ou de uma demência, tentam praticar o mal? Nesse momento, para afastar o mal, não se torna útil como remédio?*” Platão, op.cit., pg. 82.

³⁷ “*In posing the famous question, the Roman author, Juvenal, was suggesting that wives cannot be trusted, and keeping them under guard is not a solution – because the guards cannot be trusted either*”. Leonid Hurwicz, op. cit. pg. 577

deste poder dele abusassem em detrimento da própria organização humana que lhes investiu³⁸.

Não foi outro o sentimento que impulsionou, por exemplo, o talvez mais influente dos pensadores políticos de todos os tempos: o Barão de Montesquieu. Ao constatar que *“é tão só nos governos moderados que se encontra a liberdade política”* e desde que não haja abuso do poder, e ao dizer que *“para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder”*³⁹, aquele autor estava, em grande medida, apresentando sua resposta à mesma clássica questão, acerca de que forma guardar aqueles que exercem as funções de guardiões⁴⁰.

Alguns apontamentos se fazem necessários, em se comparando os três autores clássicos acima reportados. Muito embora à primeira vista as conclusões de Platão e Juvenal pareçam diametralmente opostas, visto que o primeiro acredita ser possível confiar que os guardiões exercerão seu mister a contento e o segundo não, ambos os autores têm um interessantíssimo ponto em comum: ambos desacreditam na possibilidade real de um controle externo daqueles que têm a função justamente de controlar.

É importante notar que o otimismo de Platão não advém da crença na possibilidade de controle dos guardiões por terceiros, quem quer que sejam, mas antes, da certeza de que os guardiões controlariam a si mesmos, mediante uma espécie de autoconscientização acerca de sua responsabilidade, advinda de um senso de dever

³⁸ Apenas como exemplo, outro autor que tratou expressamente da questão foi Jeremy Bentham, fazendo-o também de forma otimista, já que acreditava que o próprio povo seria capaz de fiscalizar seus governantes. Neste sentido, Norberto Bobbio, op. cit., pg. 401: *“Daí a pergunta clássica da filosofia política: quis custodiet custodes? Bentham, como bom democrático, deu sua resposta: o edifício deverá ser submetido a contínuas inspeções não apenas por parte de inspetores mas também por parte do público. Com essa resposta Bentham antecipava de certo modo o problema atualíssimo do direito dos cidadãos ao acesso às informações, que é uma das tantas formas do direito que um Estado democrático reconhece apenas aos cidadãos, ou considerados uti singuli, ou tomados no seu conjunto como “povo”, de guardar os guardiões”*.

³⁹ Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Editora Martin Claret, São Paulo – 2002, pg. 164.

⁴⁰ *“A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que decorre da opinião que cada um tem de sua segurança; e para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares”*. Idem, pg. 166.

inexpugnável, decorrente de sua educação. O grande filósofo grego confiava na virtude e na autocontenção dos guardiões de sua cidade-estado modelo.

Montesquieu, por sua vez, parte da premissa inversa, segundo a qual não se pode contar com a virtude dos seres humanos, já que “*trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar*”, indo até onde encontra limites⁴¹. Sua visão sim é diametralmente oposta à de Platão, ainda que igualmente otimista, pois ele acreditava na possibilidade de contenção externa dos detentores do poder político, mediante a criação de um sistema de freios e contrapesos entre os diversos poderes do Estado. É esta a gênese e a formulação mais básica do dogma da separação de poderes⁴².

Muito tempo se passou desde que estes autores clássicos formularam suas soluções ao problema acerca de quem guardaria os guardiões. Seguindo em grande parte suas lições e após diversas experiências práticas, os Estados modernos adotaram o princípio da separação dos poderes e promulgaram constituições rígidas, em sua maioria escritas, que garantem direitos fundamentais e, assim, limitam o poder do Estado. Com o surgimento das constituições rígidas, entretanto, surgiu o problema de se determinar quem, em última instância, tem no Estado o poder de interpretar a constituição, revelando seu verdadeiro conteúdo.

1.2. A necessidade de autocontenção

No seu empreendimento de defender a ratificação pelos Estados do texto da Constituição norte-americana, editada em 1787, Alexander Hamilton tratou do problema, no Federalista nº 78⁴³. Este autor entendia que uma constituição rígida (*limited constitution*) era aquela que contivesse específicas limitações ao poder de legislar (*specified exceptions to the legislative authority*) e que nenhum ato do Poder Legislativo

⁴¹ Idem, pg. 164.

⁴² “No Capítulo VI, do Livro XI, de “O Espírito das Leis”, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual. Portanto, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins...”. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, pg. 112.

⁴³ Alexander Hamilton. *The Constitution of United States of America and Selected Writings of the Founding Fathers, The Federalist n. LXXVIII*, Editora Barnes & Noble Inc, New York – 2012.

que fosse contrário à Constituição poderia ser válido, sob pena de se colocar o servo (legislador) acima de seu mestre (a constituição) e os representantes do povo em posição superior ao próprio povo⁴⁴.

Partindo desta premissa, Hamilton diz que simplesmente não haveria outra forma de preservar a autoridade da Constituição e suas limitações ao poder de legislar que não atribuir ao Judiciário o poder de declarar nulos os atos legislativos contrários à constituição e que, sem isto, todos os direitos e privilégios particulares previstos nela seriam reduzidos a nada⁴⁵. Em assim fazendo, Hamilton já lançava as bases do que anos mais tarde, após a decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, veio a ser chamado de doutrina do *judicial review*, como salienta Elival da Silva Ramos⁴⁶.

O próprio Hamilton já percebia que esta sua conclusão poderia gerar alguma perplexidade, na medida em que alguém poderia supor que atribuir ao Judiciário o poder de invalidar atos do Legislativo significaria estabelecer uma hierarquia entre estes poderes. A isto, este *founding father* respondia - quase que com um sofisma - que o poder de invalidar leis atribuído ao Judiciário não significava submissão do Legislativo a si, mas antes submissão de ambos à Constituição⁴⁷.

Não nos parece correta a afirmação de Hamilton. A alusão à supremacia da Constituição é meramente retórica, na medida em que ela é apenas um texto, sendo a norma que dela advém - esta sim suprema no Estado de Direito - o resultado de sua interpretação. Se a norma é o resultado do trabalho do intérprete e a norma constitucional tem supremacia sobre todos os indivíduos no Estado, não há como se fugir da conclusão de que o intérprete final da Constituição ocupa sim posição de superioridade jurídica sobre todos os demais entes estatais e particulares.

Assim, nos parece correta a afirmação do ministro Moreira Alves, do

⁴⁴ “No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the People are superior to the People themselves”. Idem, pg. 604.

⁴⁵ “Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing”. Idem.

⁴⁶ *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, pg. 23.

⁴⁷ “Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former”. Idem, pg. 605.

Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança 20.257/DF, em outubro de 1980, citado por José Levi Mello do Amaral Júnior⁴⁸: “*na guarda da observância desta (da Constituição), está ele (o Poder Judiciário) acima dos demais Poderes, não havendo, pois, que falar-se, a esse respeito, em independência de Poderes. Não fora assim e não poderia ele exercer a função que a própria Constituição, para a preservação dela, lhe outorga*”⁴⁹.

De fato, a menção a esta supremacia é recorrente na jurisprudência do STF. No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 433.101, julgado em dezembro de 2005, o Ministro Sepúlveda Pertence se referiu ao STF como o “*árbitro definitivo da constitucionalidade das leis*” e na Medida Cautelar na Reclamação 2.986, julgada em março de 2005, o Ministro Celso de Mello afirma que a função de “*guarda da Constituição (CF, art. 102 ‘caput’) confere-lhe (ao STF) o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental*”. Afirmção ainda mais contundente foi feita pelo Ministro Nelson Jobim, quando do julgamento da ADI 2.223, em outubro de 2002: “*somos os únicos da República, como dito várias vezes aqui, que podemos errar por último*”⁵⁰.

No artigo em que faz a citação acima transcrita, José Levi Mello do Amaral Júnior demonstra de modo claro que esta superioridade prática da jurisdição constitucional, e do Supremo Tribunal como órgão máximo do Poder Judiciário, não significa que o Judiciário necessariamente aja, na sua tarefa de intérprete da Constituição, de modo totalmente desconectado da compreensão popular acerca da mesma - como parecia insinuar a famosa frase do *chief justice* Charles Evans Hughes, segundo a qual a constituição significa o que a Suprema Corte diz que ela significa⁵¹. Nada obstante, alheio ou atento que esteja às opiniões da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (e espera-se que atento esteja), o fato é que, em países como os Estados Unidos e o Brasil, ao

⁴⁸ José Levi Mello do Amaral Júnior, *A Constituição do Povo e sua Afirmação Popular*, artigo publicado em 06 de outubro de 2013, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2013-out-06/analise-constitucional-constituicao-moldar-vontade-povo>.

⁴⁹ O inteiro teor do acórdão em questão se encontra disponível para consulta no seguinte sítio eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85046>.

⁵⁰ Estes precedentes são citados por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi em *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; e NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Editora Juspodivm, Salvador – 2011, pg. 467.

⁵¹ *Por outro lado, da circunstância de o Supremo na maior parte das vezes efetivamente ter a última palavra sobre a constitucionalidade das leis, não decorre a desnecessidade de a Corte tomar em consideração a compreensão popular acerca da própria Constituição, muito antes pelo contrário!* José Levi Mello do Amaral Júnior, *A Constituição do Povo e sua Afirmação Popular*, op. cit.

Judiciário cabe a última palavra na revelação do conteúdo normativo do texto constitucional, do que decorre sua supremacia prática neste mister.

Desde que, seguindo as lições de Hamilton, restou atribuído ao Judiciário a tarefa de guardião último da Constituição e, por consequência, a tarefa de protetor em última instância da sociedade de seus legisladores e governantes, a velha questão da ciência política, formulada por Platão, Juvenal, Montesquieu, Jeremy Bentham e tantos outros pensadores, passou a se aplicar justamente à jurisdição constitucional. Entre os autores que a formularam neste último sentido está, por exemplo, o norte-americano Martin Shapiro, que tem uma obra especificamente sobre o tema⁵², na qual, de forma direta e contundente, pergunta: se nós estabelecermos juízes para nos protegerem dos burocratas, como nos protegeremos dos juízes?⁵³

A resposta a esta questão obviamente não é simples. A grande maioria dos autores norte-americanos entende, como Ronald Dworkin, que, por mais difícil que possa ser conciliar a supremacia da jurisdição constitucional com o princípio democrático, não seria possível e nem desejável, a esta altura da história, abdicar do poder que Marshall declarou⁵⁴. Mesmo autores como Jeremy Waldron, que, por assim dizer, tomam partido de forma veemente de parlamentos e legisladores na discussão, acabam por admitir, ainda que em casos excepcionalíssimos, a existência de algum tipo de controle de constitucionalidade⁵⁵.

⁵² SHAPIRO, Martin. *Who Guards the Guardians?: judicial control of administration*, University of Georgia Press, London – 1992.

⁵³ “*If we set judges to protect us from bureaucrats, how are we to protect ourselves from judges?*” Idem, pg. 02.

⁵⁴ “*A Constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos, e os juízes devem aplicar a lei. Sobre este argumento simples e forte, John Marshall construiu a instituição da revisão judicial da legislação, uma instituição que é, simultaneamente, o orgulho e o enigma da doutrina jurídica norte-americana. (...) Como isso pode ser conciliado com a democracia? Qual a alternativa, porém, exceto abdicar do poder que Marshall declarou? Esse poder encontra-se agora tão estabelecido em nosso sistema constitucional que a abdicação seria mais prejudicial ao consenso, mais uma derrota para a expectativa cultivada, do que simplesmente deixar tudo como antes*”. Ronald Dworkin, *Uma Questão de Princípio*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2005, pg. 41.

⁵⁵ Em seu artigo chamado *The Core of the against Judicial Review*, Jeremy Waldron se dispõe a apresentar um argumento nuclear contra a revisão judicial, que seja independente de questões históricas da análise dos efeitos de determinadas decisões. Seu argumento é que um sistema de revisão judicial forte (aquele em que o Judiciário tem poder para anular atos legislativos) simplesmente não se justifica em sociedades que contem com as seguintes quatro características, existentes em países como os Estados Unidos e as demais democracias ocidentais: (i) tenham instituições democráticas em razoável funcionamento; (ii) tenham instituições judiciais, igualmente em razoável funcionamento; (iii) haja uma cultura de comprometimento com os direitos; e (iv) haja discordância dos indivíduos acerca do conteúdo destes direitos. Mesmo este autor, no entanto, admite mais a frente (pg. 1370) haver justificativa para a existência de um sistema de controle fraco de constitucionalidade (aquele em que as cortes têm mero poder de alertar o Parlamento acerca da

Se o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário é, pois, um dado expressamente posto, como o é no Brasil⁵⁶, e se desta atribuição decorre a superioridade jurídica da jurisdição constitucional, o que se pode fazer para que os juízes não abusem deste poder? A resposta obviamente não pode passar pela criação de outro órgão superior, que passe a controlar as decisões da cúpula do Judiciário, visto que esta solução apenas transferiria o problema, gerando um movimento de regresso ao infinito.

Entendemos que a única resposta possível à questão é, na sua essência, a mesma que Platão já apresentava cinco séculos antes de Cristo: os guardiões terão de guardar a si mesmos, mediante uma espécie de autoconscientização de sua responsabilidade. Em outras palavras, no Estado Constitucional em que o controle de constitucionalidade está a cargo do Poder Judiciário, a sociedade terá de confiar nos membros deste Poder e, sobretudo, nos membros de seu órgão máximo; confiar que estes agentes estatais exercerão o poder que têm com responsabilidade e que suas decisões promoverão de fato o bem da sociedade - se não sempre (dado que juízes também são seres humanos), pelo menos na maioria das vezes.

Acreditamos ser possível dizer que todos os autores que reconhecem em alguma medida possíveis efeitos deletérios, de qualquer espécie, no exercício desmedido da jurisdição constitucional, sugerem soluções que no fundo reconhecem a impossibilidade de controle externo dos juízes constitucionais e passam pela conscientização do próprio Poder Judiciário no sentido de impor limites a si mesmo - ou, em outras palavras, no sentido de se autoconter. Apenas aqueles autores que apresentam uma crença quase que desmedida nos benefícios da jurisdição constitucional e na virtude daqueles a exercem defendem posições maximalistas, segundo as quais as cortes seriam sempre o *locus* privilegiado de transformação da sociedade e promoção dos direitos fundamentais⁵⁷.

inconstitucionalidade), além de admitir, a contrário senso, que na ausência destas quatro características o controle de constitucionalidade poderia eventualmente ser desejável, ainda que não necessariamente (pg. 1404). Jeremy Waldron, *The Core of the Case against de Judicial Review*, Yale Law Journal, v. 115, 2006, págs. 1346/1406.

⁵⁶ A Constituição norte-americana, por exemplo, não prevê expressamente o *judicial review*. No Brasil, por outro lado, a possibilidade do Judiciário controlar a constitucionalidade de leis se encontra expressa nos artigos 97, 102, I, “a”, e 103 da CF, entre outros. O caput do artigo 102 atribui ao Supremo Tribunal Federal expressamente a guarda da Constituição.

⁵⁷ É claro que pretender separar as inúmeras teorias normativas do controle de constitucionalidade em apenas dois grupos (um grupo de teorias que defendem alguma forma de autocontenção como regra e um grupo que defende a maximização da jurisdição constitucional) é incorrer em um reducionismo muito empobrecedor. Nada obstante, esta redução é feita no presente trabalho com o objetivo único de sustentar a ideia de que a

Entre os autores deste último grupo estão os adeptos da doutrina neoconstitucionalista, bastante influente no Brasil dos nossos dias, e que será tratada com maiores detalhes mais a frente neste trabalho. Por ora, basta dizer, valendo-nos do profundo estudo de Jorge Octávio Lavocat Galvão sobre o tema⁵⁸, que o neoconstitucionalismo é uma corrente doutrinária que adota uma postura totalmente cética em relação ao processo democrático, depositando nos juízes todas as esperanças sociais de concretização das promessas constitucionais⁵⁹. Como consequência, os autores que adotam esta corrente defendem uma cada vez maior expansão do Poder Judiciário. *In verbis*:

“Além disso, todos os neoconstitucionalistas acreditam na transformação da sociedade por meio da interpretação constitucional, o que significa dizer que eles apostam suas fichas na reforma das injustiças existentes no material jurídico, seja declarando a inconstitucionalidade das normas ou na revogação de precedentes, focando suas atenções especialmente para a dimensão da justificação. De fato, todos os temas abordados pelo Neoconstitucionalismo apontam no sentido de expandir as competências do Poder Judiciário e de conferir maior criatividade para os juízes decidirem os casos”⁶⁰.

Como restará claro em seu desenvolvimento, o presente trabalho rechaça a adoção de um viés neoconstitucionalista e, por consequência, defende que a jurisdição constitucional deve se dar, em linhas gerais e em alguma medida, de modo deferente em relação às escolhas do legislador. Defende, portanto, que os juízes constitucionais devem se autoconter⁶¹.

A necessidade de autocontenção dos juízes constitucionais, como dito, é defendida por diversos autores, das mais inúmeras formas. Dimitri Dimoulis e Soraya

jurisdição constitucional deve ser exercida de modo restritivo, excepcional e deferente em relação ao legislativo.

⁵⁸ Jorge Octávio Lavocat Galvão, *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo – 2014.

⁵⁹ Idem, págs. 161 e 59, respectivamente.

⁶⁰ Idem, pg. 162.

⁶¹ O presente trabalho não terá, por óbvio, a intenção de analisar a “autocontenção judicial” em termos gerais, mesmo porque reputamos que este trabalho seria imenso, haja vista o nosso entendimento de que qualquer doutrina que em alguma medida discorde do pressuposto neoconstitucionalista de máxima expansão judicial de alguma maneira acabará por propor mecanismos de autocontenção. Nossa intenção é simplesmente sustentar a necessidade de alguma autocontenção como pressuposto da atuação judicial no controle de constitucionalidade para, a seguir, defender a suma importância de sua prática no que toca à jurisdição constitucional referente a direitos sociais.

Lunardi, por exemplo, contrapõem “ativismo judicial” e “autocontenção judicial”, dizendo que, se por um lado “o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores”, por outro, “o juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes”, de modo que, “evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação”⁶². Esses autores baseiam suas conclusões acerca do tema, entre outras coisas, em artigo de um professor de direito da universidade de Harvard, chamado James Bradley Thayer, publicado em 1893⁶³, segundo quem o Judiciário só deveria declarar a inconstitucionalidade de uma lei se esta circunstância fosse manifesta – isto é, situada além de qualquer dúvida razoável, evidente e clara -, sob pena de causação de uma debilidade democrática^{64 65}.

As palavras de Thayer obviamente influenciaram o debate norte-americano nas gerações seguintes, a ponto de doutrinas como o interpretacionismo (ou interpretativismo), o originalismo e o procedimentalismo poderem ser enxergadas, ao menos em linhas gerais, como tentativas de teorizar e subsidiar uma atuação autocontida, excepcional e minimalista proposta por Thayer⁶⁶. Por interpretacionismo ou interpretativismo nos referimos a corrente doutrinária que defende que os juízes devem decidir as questões constitucionais limitando-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita⁶⁷ e que se coloca em contraponto à corrente

⁶² DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; e NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Editora Juspodivm, Salvador – 2011, pg.469.

⁶³ THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review, v.7, 1893, págs. 129-156, disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://archive.org/details/originandscopea00thaygoog>.

⁶⁴ “The interference of judiciary with legislative Acts, if frequent or in dubious grounds, might occasion so great a jealousy of this power and so general a prejudice against it as to lead to measures ending in the overthrow of the independence of the judges, and so of the best preservative of the constitution. The validity of the law ought not then to be questioned unless it is so obviously repugnant to the constitution that when pointed out by judges, all men of sense and reflection in the community may perceive the repugnancy”. Idem, pg. 142.

⁶⁵ Conrado Hubner Mendes comenta o que chama de “fórmula minimalista do erro claro” de James Thayer, em *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, Editora Saraiva, São Paulo – 2011, pg. 165.

⁶⁶ Fazemos esta afirmação cientes da opinião de John Hart Ely no sentido de que “seria um erro supor que há necessariamente uma correlação qualquer entre abordagem interpretacionista da atividade judicial em matéria constitucional e o conservadorismo político, ou mesmo entre ela e aquilo que comumente se chama automoderação judicial (judicial self-restraint)” e no sentido de que “ativismo e automoderação são categorias que existem tanto no interpretacionismo quanto no não interpretacionismo”. John Hart Ely, *Democracia e Desconfiança*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2010, págs. 03 e 04.

⁶⁷ Esta definição também é de John Hart Ely, idem.

não-interpretacionista, que admite que os juízes andem além das disposições claras da carta maior, decidindo, por exemplo, com base em princípios morais⁶⁸. Originalismo seria uma vertente extremada do interpretacionismo, defendida por autores como Robert Bork e o juiz da Suprema Corte Antonin Scalia, segundo a qual os princípios constitucionais devem ser lidos literalmente, buscando-se inclusive seus significados originais e as intenções dos legisladores constituintes⁶⁹.

Procedimentalismo, por sua vez, é a corrente doutrinária que defende que o papel da jurisdição constitucional não pode ser o de defensor de determinados valores substantivos da sociedade (na linha do que defende, por exemplo, Dworkin), devendo antes ser o de defensor da democracia procedimental. Seu maior expoente nos Estados Unidos é John Hart Ely⁷⁰, que criticava veementemente a atuação ativista da Suprema Corte norte-americana baseada em afirmação de princípio morais, defendendo, antes, uma atuação excepcional, no sentido de que a jurisdição constitucional só atuasse quando o próprio processo de representação democrático estivesse em crise, a fim de promover o desbloqueio dos canais de mudança política e facilitar a representação das minorias⁷¹.

Entre os autores brasileiros que, igualmente em linhas gerais, defendem alguma forma de autocontenção da jurisdição constitucional, acreditamos ser possível citar Conrado Hubner Mendes. Em seu livro, *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e*

⁶⁸ Para uma crítica veemente ao interpretacionismo, ver John Hart Ely, op. cit., págs. 15 a 55, em capítulo denominado “*A impossibilidade de um interpretacionismo preso às cláusulas constitucionais*”.

⁶⁹ Ver César Mecchi Morales, *Originalismo e Interpretação Constitucional*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2011, disponível no seguinte sítio eletrônico: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../CESAR_MECCHI_MORALES.pdf.

⁷⁰ Jorge Octávio Lavocat Galvão explica da seguinte forma o que chama de argumento procedimental e o pensamento de John Hart Ely: “*Os defensores do argumento procedimental entendem ser função da jurisdição constitucional a manutenção de um governo democrático, impedindo o bloqueio dos canais de comunicação de participação política. O Poder Judiciário, nesse sentido, deve intervir na sociedade para possibilitar que todos os pontos de vista sejam expressos e levados a sério no processo político, o que impõe o dever de declarar a inconstitucionalidade de leis e práticas que visem a restringir ou excluir o acesso de certos grupos ao poder*”. *O Neoconstitucionalismo e Fim do Estado de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo – 2014, pg. 92.

⁷¹ Jorge Octávio Lavocat Galvão explica da seguinte forma o que chama de argumento procedimental e o pensamento de John Hart Ely: “*Os defensores do argumento procedimental entendem ser função da jurisdição constitucional a manutenção de um governo democrático, impedindo o bloqueio dos canais de comunicação de participação política. O Poder Judiciário, nesse sentido, deve intervir na sociedade para possibilitar que todos os pontos de vista sejam expressos e levados a sério no processo político, o que impõe o dever de declarar a inconstitucionalidade de leis e práticas que visem a restringir ou excluir o acesso de certos grupos ao poder*”. *O Neoconstitucionalismo e Fim do Estado de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo – 2014, pg. 92.

*Deliberação*⁷², este autor defende a superação de formas de pensar binárias na discussão em torno da jurisdição constitucional - formas de pensar estas que chama de “teorias da última palavra”⁷³ -, sugerindo a adoção de argumentos que chama de gradualistas. Em outras palavras, a melhor forma de pensar o papel da jurisdição constitucional não seria defender as qualidades e apontar dos defeitos de qualquer das partes envolvidas (Legislativo ou Judiciário), inclinando-se por uma ou outra, mas, antes, procurar compreendê-las e legitimá-las como parte de um diálogo institucional⁷⁴.

Para as assim chamadas pelo autor “teorias do diálogo”, não se pode considerar que o Judiciário deva ter sempre a última palavra em termos de interpretação constitucional, devendo este Poder escolher os casos em que deve atuar e tomar decisões que não necessariamente fechem as portas de deliberações futuras⁷⁵.

A tese de Conrado Hubner Mendes é longa e muito interessante, não nos cabendo analisá-la como um todo aqui. Basta-nos apontar que, ao menos para boa parte destas teorias, a existência do diálogo institucional pretendido depende necessariamente da conscientização do próprio Judiciário para a necessidade de valorizá-lo e promovê-lo, e isto só ocorrerá se o próprio Judiciário adotar algum grau de autocontenção, acolhendo formas de decidir que levem em conta a interação com o legislador⁷⁶.

Por fim, entre todos os demais autores que poderíamos citar a esta altura do presente trabalho, escolhemos o autor norte-americano Cass R. Sunstein para encerrarmos este tópico⁷⁷, por consideramos que seu pensamento nos fornece um bom ponto de partida para sustentar a necessidade de autocontenção da jurisdição constitucional

⁷² Conrado Hubner Mendes, *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, Editora Saraiva, São Paulo – 2011.

⁷³ Idem, pg. 40.

⁷⁴ “A revisão judicial, além de mero contrapeso ou “um veto a mais”, legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, por propiciar uma interlocução institucional”. Idem, pg. 27.

⁷⁵ “Teorias do diálogo tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa de força. Propõem-se como uma “terceira via”, um meio-termo. (...) Dois são os seus denominadores comuns: a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência da última palavra, ou, pelo menos, de que corte a detenha por meio da revisão judicial”. Idem, pg. 106.

⁷⁶ Idem, pg. 107. O autor divide as teorias do diálogo entre teorias endógenas, que pressupõe e sugerem uma forma específica de decisão judicial, e teorias exógenas, menos dependentes da postura de cada instituição e mais preocupadas com a verificação da forma de interação. Se é que isto não pode ser dito acerca de todas as chamadas “teorias do diálogo”, a nós nos parece que pelo menos as teorias ditas endógenas pressupõem em alguma medida a autocontenção da jurisdição constitucional.

⁷⁷ Conrado Hubner Mendes também trata da obra de Sunstein, classificando sua teoria como uma das teorias endógenas do diálogo institucional entre jurisdição constitucional e legislativo. Idem, págs. 119 a 124.

brasileira - sobretudo no que respeita aos direitos sociais, foco deste trabalho. Em sua obra *One Case at a Time*, este autor procura teorizar e defender explicitamente uma forma não ordinária de autocontenção judicial para o Poder Judiciário e a Suprema Corte norte-americanos, a qual batiza de “minimalismo” (*minimalism*), definindo-a como “*o fenômeno de dizer não mais do que o necessário para justificar um resultado, deixando não decidido o máximo possível*”⁷⁸. Para Sunstein, a atuação minimalista deveria ser a regra para a jurisdição constitucional por pelo menos dois motivos: porque evita a ocorrência de decisões erradas⁷⁹ e porque estimula a democracia e a deliberação⁸⁰, recusando-se a congelar ideais e concepções⁸¹.

O minimalismo, para Sunstein, como dito, é a regra, que como tal admite exceções⁸². O autor chega a listar uma série de matérias que considera essenciais, nas quais a corte deve atuar de modo maximalista⁸³, admitindo que estas matérias podem variar conforme o tempo. Na mesma linha, o autor admite que a atuação minimalista por vezes pode significar um erro crasso e gerar injustiças, razão pela qual não haveria como definir em abstrato, sem considerar o contexto, os casos em que as cortes devem atuar de um modo ou de outro⁸⁴. Existem, todavia, diretrizes.

A despeito destas incertezas, Sunstein sustenta o minimalismo como regra geral e afirma que a atuação minimalista é ainda mais necessária, entre outros, em

⁷⁸ “*Judicial minimalism can be characterized as a form of judicial restraint, but it is certainly not an ordinary form*” e “*let us describe the phenomenon of saying no more than necessary to justify an outcome, and leaving as much as possible undecided, as decisional minimalism*”. Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge – 1999, págs. X e 4, respectivamente.

⁷⁹ “*Minimalism is likely to make judicial errors less frequent and (above all) less damaging. A court that leaves things open will not foreclose options in a way that may do a great deal of harm*”. Cass R. Sunstein, op. cit., pg. 04.

⁸⁰ “*There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course minimalist rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions. And if the Court wants to promote more democracy and more deliberation, certain forms of minimalism will help it to do so*”. Idem.

⁸¹ “*Minimalism also maintains flexibility for the future, an especially large virtue when facts and values are in flux. Minimalists refuse to freeze existing ideals and conceptions*”. Idem, págs. 259.

⁸² Comentando esta constatação Conrado Hubner Mendes afirma: “*Para Sunstein, a corte deve decidir o mínimo possível – exercício que ainda está dentro do poder de invalidar ou legitimar com base em princípio. (...) O minimalismo é uma forma de autocontenção, mas não se confunde com as outras modalidades existentes. Rejeita a autocontenção como regra geral ou o apreço irrestrito ao majoritarismo, que são crenças maximalistas. Os minimalistas “preferem deixar questões fundamentais não decididas”. Esta é a sua característica mais distinta*”. Conrado Hübner Mendes, op. cit., pg. 119/120.

⁸³ Cass R. Sunstein, op. cit., pg. 63/68.

⁸⁴ “*Sometimes minimalism is a blunder; sometimes it creates unfairness. Whether minimalism makes sense cannot be decided in the abstract; everything depends on context, prominently including assessments of comparative institutional competence*”. Idem, pg. 262.

casos nos quais as cortes têm poucas informações sobre as matérias a serem decididas⁸⁵, ou quando uma atuação maximalista traga em si o perigo de gerar desigualdades. Neste sentido é o seguinte trecho:

*“The case for minimalism is strongest when courts lack information that would justify confidence in a comprehensive ruling; when the need for planning is not especially insistent; when the decision costs, for later courts, of a minimal approach do not seem high; and when minimalist judgements tends do not create a serious risk of unequal treatment.”*⁸⁶

Reputamos estas últimas considerações de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho. Ao fazê-las, o autor parece reconhecer que a jurisdição constitucional em alguns casos pode ser chamada a tratar de questões técnicas, para as quais não tem o conhecimento necessário⁸⁷, ou de questões que por sua natureza demandam planejamento estratégico para uma resolução que não gere desigualdades. Em todas estas situações, a corte estará navegando em mares desconhecidos e por isso deve agir de modo minimalista, com prudência e autocontenção.

1.3. A judicialização dos direitos sociais como controle de constitucionalidade de omissões e a especial necessidade de autocontenção nestes casos

Como se pôde perceber no capítulo introdutório, o presente trabalho tem como objeto os chamados direitos fundamentais sociais previstos na Constituição brasileira (mais especificamente os direitos sociais a prestações materiais), a forma pela qual os juízes brasileiros os têm aplicado aos casos concretos que lhes são apresentados e a ideia de mínimo existencial como possível parâmetro para esta atuação.

Para fazê-lo, entretanto, é preciso deixar absolutamente clara uma premissa, por mais óbvia que possa soar: o presente trabalho não tem por finalidade estudar

⁸⁵ “When judges lack, and know they lack, relevant information, minimalism is an appropriate response”. Idem, pg. 259.

⁸⁶ Idem, pg. 262.

⁸⁷ Uma das aplicações do minimalismo que Sunstein propõe em seu livro se refere à questão de matérias que envolvam novas tecnologias, relacionadas ao direito de livre expressão (op., cit., págs. 172 a 205), o que fica claro no seguinte trecho: “I urge that a form o minimalismo makes particular sense for the new communications technologies, including the Internet. The most importante reason is that the relevant facts are in flux and changing very rapidly, and the consequences of current development are hard to foresee. At the moment, the courts are in a position to know relatively little about the effects of possible interventions”. Pg. 174.

toda e qualquer adjudicação referente a de direitos sociais a prestações materiais, mas apenas e tão somente a atuação judicial referente aos casos em que os juízes aplicam de modo direto a Constituição Federal, sobretudo suas normas principiológicas e de eficácia limitada⁸⁸, e concedem - sem a existência, pois, de intermediação legislativa - prestações materiais requeridas pelos particulares.

É preciso ter em mente que nestes casos os juízes, ainda que não o reconheçam expressamente na grande maioria dos casos concretos (como se verá), estão a realizar nada mais nada menos do que controle de constitucionalidade de omissões legislativas ou administrativas no que tange aos direitos constitucionais sociais, especificamente os previstos no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal (a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, etc.). Em outras palavras, toda vez que um órgão judicial, com fundamento direto em um direito social previsto na Constituição Federal, determina a alocação de recursos estatais de modo diferente do ordinariamente praticado pela Administração ou do quanto previsto na legislação ordinária, estaremos diante de hipótese de controle judicial de constitucionalidade, difuso e incidental, de omissões, com todas as consequências que desta circunstância possam advir.

É o que acontece, por exemplo, na grande maioria dos casos relacionados à judicialização da saúde no Brasil (casos estes que serão tratados neste trabalho). Sempre que os juízes determinam o fornecimento de medicamento não previsto nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde, nos termos previstos na Lei 8.080/90, fazendo-o com fundamento no artigo 196 da Constituição Federal, estão a declarar, ainda que não expressamente, a omissão inconstitucional da Administração Pública e da legislação.

Exatamente neste sentido é a lição de Luiz Guilherme Marinoni. Ao tratar do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, afirma este autor que *“não existe razão para entender que o juiz tem poder para controlar a constitucionalidade da lei, quando esta é prejudicial à solução do litígio, e não tem poder para controlar a falta de lei quando este é imprescindível à tutela de um direito fundamental”*, já que a inconstitucionalidade

⁸⁸ Elival da Silva Ramos, por exemplo, acerca dos direitos sociais prestacionais, distingue normas constitucionais de eficácia limitada (como é a que consagra o direito à saúde da Constituição - art. 196), e normas constitucionais de eficácia plena, que chama de “direitos sociais prestacionais originários plenamente exercitáveis”, como é a que determina que o Estado forneça ensino obrigatório e gratuito a todos os cidadãos entre os 4 (quatro) e os 17 (dezessete) anos, afirmando ser este fornecimento direito público subjetivo (art. 208, I e §1º). *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, São Paulo - 2007, pg. 342.

comissiva e a inconstitucionalidade por omissão são simplesmente duas faces de uma mesma moeda⁸⁹. Isto posto, ao exemplificar referida atuação judicial, cita o autor justamente as ações individuais em que os particulares requerem em face do Estado a concessão de medicamentos não disciplinados nas leis de regência. É muito interessante verificar que este autor afirma que nestes casos os juízes, em regra, praticam a jurisdição constitucional sem sequer notar que o estão fazendo, atuando como se estivessem diante de casos comuns⁹⁰.

Esta distinção nos parece importantíssima, ainda que parte da doutrina que se debruça sobre o tema do controle judicial de políticas públicas não a faça⁹¹. Existem diferenças profundas de fundamentação da atuação judicial em uma hipótese e em outra, diferenças estas reconhecidas inclusive pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento, por exemplo, da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE.⁹²

Este apontamento é de suma relevância a este trabalho, pois somente nos casos em que os direitos fundamentais sociais estão previstos na Constituição sem

⁸⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2015, pg. 1049.

⁹⁰ “*Também são comuns as ações individuais em que, sob o fundamento de direito fundamental não protegido normativamente, postula-se prestação fática que estaria a cargo do Estado. (...) É o caso, por exemplo, dos medicamentos, em que o indivíduo, afirmando direito fundamental à saúde, postula, em face do Estado-Administração, determinado remédio não disciplinado na legislação de regência. O que importa evidenciar, neste item, é que, com frequência, os juízes são chamados a suprir omissões normativas que impedem a tutela de direitos fundamentais, postando-se como se estivessem diante de um “caso comum”, em que não se alega inconstitucionalidade por omissão. Daí, conseqüentemente, os juízes não perceberem nem anunciarem sequer que estão a fazer controle de constitucionalidade, ficando ao largo a necessidade de harmonização dos direitos fundamentais em choque, de aplicação das regras da proporcionalidade e de justificação da decisão, com perverso reflexo sobre a sua legitimidade*”. Idem, pg. 1050.

⁹¹ Marco Sabino, por exemplo, parece entender que em ambos os casos há controle judicial de políticas públicas, muito embora reconheça que haja necessidade de tratamento diferenciado para cada um pelo Judiciário: “*O STF já decidiu que o Judiciário tem o poder de intervir em políticas de saúde. Isso foi, recentemente, reafirmado. Novas decisões têm parametrizado o entendimento da Corte a respeito da questão. Posicionando o tema, o então Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, declarou que há dois momentos nessa discussão: o primeiro momento condiz com o fato de o medicamento estar assegurado ao jurisdicionado, por lei e por ações executivas: nesse caso, o jurisdicionado tem o direito subjetivo ao fármaco. Seria, por exemplo, o caso do sujeito que vai ao posto de saúde obter um medicamento previsto na RENAME, mas que não está disponível: neste caso, O Judiciário, sem sombra de dúvida, deve garantir o medicamento*”. SABINO, Marco Antônio da Costa. *Quando o Judiciário Ultrapassa Seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense: 2013, pp. 353/386, p.382.

⁹² O STF admite expressamente a existência de diferença na forma de atuação judicial em uma e outra situação. No ano de 2010, no julgamento do AgRg da STA 175-CE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, após a realização de importante audiência pública, o STF fixou uma série de parâmetros para atuação judicial na área do direito à saúde, consignando expressamente que “*quando a ação de saúde pretendida for prevista nos textos normativos e não estiver sendo prestada, o Poder Judiciário deve intervir a fim de fazer cumprir a norma*”.

densidade normativa suficiente para sua pronta aplicação (como é o caso do direito à fruição de medicamentos – CF, art. 196) é que a noção de mínimo existencial poderá ter alguma importância, fato este que será melhor tratado ao longo deste trabalho. Nos casos em que determinada prestação de direito social está prevista de modo claro em norma infraconstitucional ou em norma constitucional de eficácia plena, a atuação judicial traz em si muito poucas peculiaridades em relação a sua atuação normal, de controle da legalidade dos atos administrativos⁹³ - exceto pela dimensão dos custos - e não nos parece ser necessário buscar novas balizas de atuação.

Pois bem. Ao longo de todo este trabalho, procuraremos sustentar que a mencionada necessidade de alguma autocontenção no exercício da jurisdição constitucional, que, segundo entendemos, existe sempre em alguma medida, tem ainda mais razões de ser no que respeita aos direitos sociais, ou direitos a prestações em sentido estrito. Isto porque, resumidamente, estes direitos demandam juízos técnicos mais complexos para sua efetivação e custos muito mais elevados, de modo que o erro nestes casos pode gerar ainda maiores prejuízos sociais.

Assim o faremos, por exemplo, apoiados na doutrina do professor português José Carlos Vieira de Andrade, que, ao discorrer acerca da força jurídica dos preceitos relativos aos direitos sociais, salienta o fato de que a Constituição Portuguesa, sabiamente, não atribuiu aos direitos econômicos, sociais e culturais o mesmo regime de aplicabilidade direta previsto para os demais direitos fundamentais, e que, a partir desta circunstância, deve-se *“retirar um imperativo de autocontenção dos juízes constitucionais que, a assumirem o papel de defensores da Constituição, iriam suscitar o aparecimento de situações frequentes de inconstitucionalidade, tendo em conta o caráter generoso do*

⁹³ Neste sentido, Elival da Silva Ramos, tratando do direito ao ensino fundamental: *“O que se constata é o que o Constituinte entendeu ser possível, à luz da realidade sócio-econômico do País, assegurar de imediato o acesso ao ensino fundamental obrigatório a todos os brasileiros, razão pela qual essa projeção do direito à educação foi conformada, em nível constitucional, como um direito exercitável de plano e, nesse sentido, dotado de pela proteção jurisdicional. Na hipótese de, concretamente, não existirem vagas suficientes em escolas públicas de ensino fundamental, estão os interessados autorizados a buscar em juízo: a condenação da entidade pública competente (de acordo com a organização coordenada dos respectivos sistemas de ensino e observados os §§2º e 3º do art. 2011) à obrigação de fazer consistente em proporcionar a matrícula em escola privada de ensino fundamental; a condenação da entidade pública competente no pagamento dos gastos feitos (ou devidos) pela frequência ao ensino básico obrigatório em escolas privadas; condenação por danos morais em razão do atraso na frequência ao ensino fundamental.”* Op. cit., pg. 344.

*programa de longo prazo contido nos preceitos relativos aos direitos sociais*⁹⁴”. É o que, em breve síntese, defenderemos nos capítulos subsequentes.

⁹⁴ *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra – 2012, pg. 368.

II – ATIVISMO JUDICIAL, DIREITOS SOCIAIS E POSSÍVEIS EFEITOS DELETÉRIOS

2.1. O fenômeno da expansão global do Poder Judiciário

Tema da maior relevância para todo aquele que se dispõe a analisar jurídica e politicamente os Estados de direito democráticos⁹⁵ modernos, entre eles o Estado brasileiro, é aquele relativo à expansão global do Poder Judiciário e seu cada vez maior envolvimento em questões ditas políticas, que a doutrina tradicional sempre considerou afetas aos outros Poderes estatais (sobretudo, ao Legislativo). Trata-se de marca do constitucionalismo moderno.⁹⁶

O fenômeno em questão, que tem sido correntemente chamado genericamente de “ativismo judicial”, ou, mais especificamente, de “judicialização da política”, pode ser definido, segundo entendemos, como a atividade de controle de constitucionalidade exercida pelo Judiciário sobre os demais poderes do Estado que, com base em princípios constitucionais e utilizando-se predominantemente do método da ponderação, acaba por substituir sua (dos outros Poderes) atuação típica⁹⁷.

Como se vê, o ativismo judicial de que trata este trabalho é aquele estrito ao controle de constitucionalidade e definido desde um viés qualitativo. Este apontamento é importante à vista das considerações feitas por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, no sentido de que a expressão “ativismo judicial” não é unívoca e de que “*o Judiciário pode*

⁹⁵ “O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. (...) Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo”. J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 7ª edição, Coimbra – 2003, págs. 97 e 98.

⁹⁶ “O atual estágio do constitucionalismo se peculiariza também pela mais aguda tensão entre constitucionalismo e democracia. É intuitivo que o giro de materialização da Constituição limita o âmbito de deliberação política aberto às maiorias democráticas. Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumia parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo. Com a materialização da Constituição, postulados ético-morais ganham vinculatividade jurídica e passam a ser objeto de definição pelos juízes constitucionais, que nem sempre dispõem, para essa tarefa, de critérios de fundamentação objetivos, preestabelecidos no próprio sistema jurídico.” Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 6ª edição, São Paulo - 2011, pg. 62.

⁹⁷ O professor Elival da Silva Ramos define ativismo judicial como “*a tensão entre os Poderes provocada pelo desempenho da função jurisdicional*” e como “*uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa*”. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 22 e 107, respectivamente.

adotar posturas ativistas em qualquer um de seus campos”⁹⁸, não apenas no que respeita à jurisdição constitucional.

Estes autores ainda, no esforço de buscar definições do que seja ativismo judicial, dizem que parte da doutrina procura definir ativismo desde um viés quantitativo, no sentido de que seria ativista a corte que com grande frequência declara a inconstitucionalidade de leis⁹⁹. A adoção de tal vertente, entretanto, não se mostra satisfatória, pois o grande número de declarações de inconstitucionalidade por parte de uma corte pode simplesmente significar que uma atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição. Os autores chegam a dizer que considerar uma corte ativista com base no número de declarações de inconstitucionalidade seria tão absurdo quanto considerar ativista um médico que atende diversos doentes em meio a uma epidemia¹⁰⁰.

Com o afastamento da vertente quantitativa, sobraria, ainda segundo Dimoulis e Lunardi, a vertente qualitativa, segundo a qual ativista seria a corte que declara a inconstitucionalidade de leis de uma determinada forma, notadamente baseado em convicções pessoais desconectadas, em maior ou menor escala, da expressa dicção constitucional¹⁰¹. É neste sentido qualitativo que o ativismo judicial será tratado no presente trabalho.

Como já mencionado, desde o advento do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), com a decisão da Suprema Corte Norte-americana no célebre caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, abriu-se a possibilidade de que o Poder Judiciário expandisse sua atuação em países como os Estados Unidos e o Brasil, colocando a prova a clássica afirmação de Alexander Hamilton, no Federalista nº 78, que considerava este Poder o menos perigoso dos três para os direitos políticos previstos na Constituição, por não ter a espada da comunidade ou a bolsa pública, mas “meramente julgamento” (*merely judgment*) e por, inclusive, depender do Poder Executivo para fazer valer suas decisões¹⁰².

⁹⁸ DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; e NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Editora Juspodivm, Salvador – 2011, pg. 460.

⁹⁹ Idem, pg. 461.

¹⁰⁰ Idem, pg. 462.

¹⁰¹ Idem, pg. 462 e 469.

¹⁰² É absolutamente clássico o seguinte trecho: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from

Muito embora seja verdade que Hamilton tenha em grande parte lançado as bases do que depois da decisão de 1803 passou a ser conhecido como doutrina do *judicial review*, como já mencionado, podemos supor que aquele pai fundador da nação norte-americana ficaria surpreso com o que o Poder Judiciário de seu país foi capaz de fazer apenas com seu poder de julgar. Mediante a interpretação de cláusulas abertas das emendas à Constituição norte-americana, com especial destaque para a cláusula do devido processo legal, prevista na 5ª e na 14ª emendas¹⁰³, a Suprema Corte daquele país foi capaz tanto de pôr obstáculos como de impulsionar os Poderes Políticos em diversas situações, influenciando de modo decisivo o futuro da nação.

Com o advento da 14ª emenda à Constituição, no ano de 1868, a cláusula do devido processo legal, que já era prevista para a União na 5ª emenda, passou a se aplicar também aos Estados norte-americanos¹⁰⁴. Esta extensão, e o conseqüente aumento de casos em que a cláusula era invocada perante as cortes judiciais, levou a jurisprudência a entender que o devido processo legal tinha não apenas um aspecto procedimental, mas também um aspecto substantivo, consistente na garantia dos cidadãos contra atos estatais arbitrários, isto é, atos praticados sem a observância de padrões mínimos de razoabilidade¹⁰⁵.

Relata-nos a história, por exemplo, que a Suprema Corte norte-americana, com base nesta mencionada interpretação extensiva do *due process of law*, se opôs a inovações legislativas que visavam garantir direitos trabalhistas mediante a interferência em direitos econômicos e contratuais, inovações estas que o senso comum atual consideraria justas e progressistas e que a partir dos anos 30 se tornaram vigentes em

the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments". Alexander Hamilton. *The Constitution of United States of America and Selected Writings of the Founding Fathers, The Federalist n. LXXVIII*, Editora Barnes & Noble Inc, New York – 2012, pg. 603.

¹⁰³ Para um estudo aprofundado da cláusula do devido processo legal na Suprema Corte dos Estados Unidos, ver Alexandre Araújo Costa, *O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado*, Editora Thesaurus, Brasília – 2008, págs. 53/130.

¹⁰⁴ Amendment XIV. Section 1. *All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

¹⁰⁵ Alexandre Araújo Costa, op. cit., pg. 53.

diversas partes do mundo, inclusive no Brasil, tais como limitação da jornada, estabelecimento de remuneração e condições mínimas de trabalho, etc. A mais famosa destas decisões, e que é considerada por muitos como o *leading case* do *due process of law*, é o caso *Lochner v. New York*, de 1905, em que houve a declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual que limitava em 10 horas diárias e 60 horas semanais a jornada de trabalho de padeiros¹⁰⁶.

Em outros momentos da história, a Suprema Corte americana agiu de modo ainda mais ativista, sobretudo sob a presidência de Earl Warren (1953-1969), época em que foram julgados os famosos casos *Brown v. Board of Education* (1954), no qual se declarou a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas públicas norte-americanas, e *Miranda v. Arizona* (1966), no qual se definiram direitos processuais penais de suspeitos. Jorge Octávio Lavocat Galvão comenta que a influência do trabalho da Corte Warren foi muito além de seu tempo e das fronteiras dos Estados Unidos, servindo de paradigma do neoconstitucionalismo mundo afora e também no Brasil, enquanto modelo de corte de justiça progressista supostamente capaz de promover mudanças sociais profundas.¹⁰⁷

Ainda que pareça ter sido esta a intenção do Presidente Richard Nixon ao indicar o conservador Warren Burger como *Chief Justice* em 1969, o ativismo da Corte Warren não esmaeceu no período seguinte (Corte Burger – 1969-1986)¹⁰⁸. O julgamento que passou à história como sendo o mais famoso do período foi *Roe v. Wade* (1973), no qual a corte, trazendo de volta ao primeiro plano o aspecto substantivo do devido processo legal, declarou inconstitucional lei do Estado do Texas que proibia o aborto em qualquer hipótese que não a necessidade de sobrevivência da mãe. Sob o fundamento de que a cláusula do *due process of law* abrangeria um direito tácito à privacidade, determinou a Corte que o aborto era possível em qualquer hipótese até aproximadamente o final

¹⁰⁶ Acerca deste precedente, que considera o *leading case* do *substantive due process of law* na Suprema Corte, Alexandre Araújo Costa tece os seguintes comentários: “Aplicando o devido processo legal dessa forma, a Suprema Corte não fazia apenas um controle de adequação entre meios e fins, mas um controle muito estrito sobre as finalidades eleitas pelo legislador. Com isso, a Corte passou a declarar a inconstitucionalidade das leis de cujo conteúdo a maioria dos seus membros discordasse”. Op. cit., pg. 72.

¹⁰⁷ Jorge Octávio Lavocat Galvão, *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo – 2014, págs. 62 e 63.

¹⁰⁸ Alexandre Araújo Costa, op. cit. pg. 87. O autor cita como razões para a continuação do ativismo da Corte Warren no período da presidência de Burger sua falta de capacidade de liderança e o fato de a maior parte dos juizes serem remanescentes do período anterior, entre eles juizes de personalidade forte como Brennan e Douglas.

primeiro trimestre de gestação, que seria o período necessário à verificação da viabilidade do feto, só podendo ser regulado e eventualmente proibido pelo Estado após este período, desde que sempre mantida a permissão no caso de risco de morte da gestante¹⁰⁹.

A menção que se faz aqui à história da doutrina do devido processo legal substantivo na jurisprudência norte-americana se deve também à recorrência com que foi invocado nas decisões, como se vê acima¹¹⁰, mas principalmente ao fato de ter sido ela instrumento de forte ativismo judicial, justamente por não ter um conteúdo previamente definido, tendo servido para justificar a prevalência de valores dos mais diferentes matizes, sejam eles conservadores ou progressistas.

Importante salientar este ponto desde já: a história norte-americana mostra que não há relação necessária entre ativismo judicial e promoção de ideologias progressistas, como se deu, por exemplo, em *Brown v. Board of Education*. Muito ao contrário, o ativismo judicial da Suprema Corte americana também costuma ser associado as suas mais trágicas e criticáveis decisões. É o que diz Alexandre Araújo Costa:

“Convém ressaltar, também, que o argumento do devido processo nem sempre tem um caráter progressista. O due process quase sempre é invocado para justificar um alto grau de ativismo judicial, mas o ativismo é muitas vezes ligado a um conservadorismo extremado. Nas Cortes Warren e Burger, o due process foi uma doutrina progressista porque os direitos defendidos com base nestes argumentos eram progressistas – igualdade, aborto etc. No entanto, durante toda a Era Lochner – período de ouro do devido processo – esse argumento foi utilizado para impedir todas as tentativas de mudança na ordem econômica estabelecida, justificando decisões que hoje nos parecem completamente absurdas. E, voltando à primeira utilização do devido processo substancial, chegamos ao caso provavelmente mais traumático

¹⁰⁹ Alexandre Araújo Costa, op. cit., págs. 88/90 e *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹¹⁰ Como não poderia deixar de ser, também na recente decisão da Suprema Corte no já célebre caso *Obergefell v. Hodges*, julgado em junho de 2015, houve a invocação do devido processo legal para se declarar a inconstitucionalidade de lei do Estado de Ohio que proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sob o entendimento de que esta cláusula abrangeria a liberdade de fazer escolhas pessoais essenciais à dignidade individual e à autonomia, como é a decisão acerca de com quem uma determinada pessoa deseja se casar (http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, pg. 10).

de toda a história da Suprema Corte: Scott v. Sandford, mais conhecido como Dred Scott Case.”¹¹¹

Os pilares do constitucionalismo norte-americano, da supremacia da Constituição e da consequente supremacia do Judiciário enquanto seu intérprete final, além da experiência ativista da Suprema Corte, brevemente resumida acima, acabaram por influenciar, em maior ou menor grau, o constitucionalismo de diversos países, tanto da Europa, quanto da América Latina¹¹². Por óbvio, o Brasil não ficaria de fora desta tendência.

Várias são as condições políticas que parecem promover o avanço do ativismo judicial e a judicialização da política.¹¹³ O autor norte-americano C. Neal Tate cita várias delas em artigo chamado *Why the Expansion of Judicial Power?*.¹¹⁴ Algumas delas seriam: (1º) a existência de um regime de governo democrático¹¹⁵, com separação de poderes; (2º) a existência de grupos de pressão minoritários que tenham identificado os tribunais judiciais como possíveis arenas para a veiculação de seus interesses; (3º) a existência de uma “política de direitos”, traduzida ou não em uma carta de direitos ou em

¹¹¹ Op. cit., pg. 101. Em *Dred Scott* (1857), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de legislação que tornava livres escravos que fossem conduzidos a Estados onde a escravidão havia sido abolida. Diversos autores atribuem consequências políticas desastrosas a esta decisão, entendendo que ela causou a quebra do equilíbrio de forças entre os Estados do norte e do sul do País, contribuindo para a eclosão da Guerra Civil americana.

¹¹² “O modelo de constitucionalismo praticado no mundo contemporâneo, tanto nas democracias tradicionais como nas novas democracias, segue, nas suas linhas gerais – ainda que não no detalhe –, o padrão que foi estabelecido nos Estados Unidos ao longo dos últimos duzentos anos: (i) supremacia da Constituição, (ii) controle de constitucionalidade, (iii) supremacia judicial e (iv) ativa proteção dos direitos fundamentais. (...) O quarto aspecto usualmente ligado ao direito constitucional americano – o ativismo judicial – refere-se a um lapso de tempo relativamente reduzido de sua história: os cerca de vinte anos que correspondem à presidência de Earl Warren na Suprema Corte (1953-1969) e aos primeiros anos da presidência de Warren Burger (1969-1986). Depois desse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma onda conservadora, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos avanços obtidos. (...) O modelo constitucional americano, nos últimos cinquenta anos, irradiou-se pelo mundo e tornou-se vitorioso em países da Europa, da América Latina, da Ásia e da África”. Luís Roberto Barroso, *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo*. In SARMENTO, Daniel, coord., *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2009, pg. 309.

¹¹³ “The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial power, which, for brevity, we shall frequently refer to as “judicialization of politics””. C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York - 1995, pg. 5.

¹¹⁴ C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, op. Cit., págs.27/37. As condições apontadas pelo autor serão a seguir elencadas não na ordem em que originalmente apresentadas, mas na ordem em que serão analisadas no contexto brasileiro no tópico seguinte.

¹¹⁵ “Much discussion of the judicialization of politics considers it a threat to such essential features of democracy as majority rule and popular responsibility. Despite this, it seems very unlikely that one will encounter the judicialization of politics outside democratic polities”. Idem, pg. 28.

uma declaração constitucional de direitos fundamentais¹¹⁶; (4º) o aumento de hipóteses de delegação legislativa deliberada¹¹⁷; (5º) instituições majoritárias pouco eficientes¹¹⁸; e (6º) uma percepção geral negativa quanto às instituições originalmente responsáveis pela formulação de políticas públicas (Poderes Executivo e Legislativo), com a visão de que as mesmas seriam fisiologistas (“*self-serving*”) e corruptas¹¹⁹.

Após listar estas condições facilitadoras, no entanto, Neal Tate faz um apontamento que consideramos extremamente interessante, no sentido de que a existência das mesmas não basta por si só para a ocorrência do ativismo judicial¹²⁰. Para que a atuação do Judiciário se expanda é necessário que se some a tais condições a atitude ou a convicção dos juízes no sentido de que devem interferir ou participar das políticas públicas, ou mesmo substituir a atuação das instituições majoritárias¹²¹. Em outras palavras, é necessário que haja o surgimento de uma “cultura ativista” no seio da magistratura, cultura esta que é, obviamente, tanto causa do ativismo quanto efeito das condições catalisadoras anteriormente mencionadas.

Como dito, este último apontamento acerca da influência da cultura jurídica no grau de ativismo nos parecer ser de grande importância e esta ideia permeará todo este trabalho. Entendemos, atentos à lição de José Reinaldo Lima Lopes, que a efetividade dos institutos jurídicos está intimamente relacionada ao desenvolvimento de uma cultura jurídica que lhe possa atribuir significado. São suas as seguintes palavras:

¹¹⁶ “Regardless of whether there is a formal bill of rights, an acceptance of the principle that individuals or minorities have rights that can be enforced against the will of putative majorities seems very likely to increase the policy significance of those – the judges – whose institutional location usually makes it easier for them to make rules that favor minorities over majorities”. Idem, pg. 30.

¹¹⁷ Idem, pg. 32. O autor se refere a “*willful delegation by majoritarian institutions*”, que seriam hipóteses em que os legisladores, percebendo-se diante de riscos políticos na fixação de determinados parâmetros, adotam linguagem legislativa propositadamente aberta, para que os tribunais exerçam o papel de concreção.

¹¹⁸ “A second condition may be the weakness of political parties and governing coalitions (...). When executives are unable to govern through disciplined parties with effective legislative majorities, they will find it difficult to develop effective policies with the political and public support that can sustain them through opposition challenges directed to the judiciary”. Idem, pg. 31.

¹¹⁹ Idem. Para um comentário acerca destes apontamentos de C. Neal Tate, ver Marcos Paulo Verissimo, *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no pós-1988*, pg. 67, tese de doutorado apresentada em 2006, disponível no sítio eletrônico: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>

¹²⁰ “It seems highly unlikely that judicialization of politics could proceed very far in the absence of these conditions. But I cannot conclude this discussion of the conditions facilitating the judicialization of politics without noting that even in the presence of all them, significant judicialization is still not a given”. Idem, pg. 33.

¹²¹ Idem, pg. 33/34.

“Nenhum sistema jurídico vige sem que haja uma cultura jurídica que lhe dê significado e sem operadores que o transformem em realidade, (...) é no campo da cultura jurídica que os problemas me parecem maiores. Assim, a linguagem fornecida pela lei pode facilmente não vir a produzir resultados”¹²².

2.2. A realidade institucional brasileira

2.2.1. A presença em larga escala das condições catalisadoras do ativismo judicial em geral

Analisando-se cada uma das condições facilitadoras da expansão do ativismo judicial, apontadas por C. Neal Tate, faz-se absolutamente fácil perceber a sua existência na realidade institucional do Brasil dos nossos dias, de modo que nosso País parece ser um terreno absolutamente fértil à expansão do fenômeno em análise¹²³.

Desde 1988, o Brasil vive um contexto de consolidação do regime democrático como nunca houve na história do País (a primeira das condições apontadas por Neal Tate). A Constituição desenhou um sistema de separação de poderes em que o Poder Judiciário restou bastante fortalecido, não apenas no que respeita às prerrogativas da magistratura, mas também na multiplicação de instrumentos processuais por meio dos quais as cortes de justiça e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal podem declarar a inconstitucionalidade de leis.

De fato, a Constituição de 1988 estendeu e inovou o sistema de controle de constitucionalidade em relação ao que estava previsto na Constituição anterior, seguindo uma evolução determinada pela busca de sucedâneos normativos ao *stare decisis* do direito norte-americano, como demonstra José Levi Mello do Amaral Júnior¹²⁴, visto ser a vinculação aos precedentes justamente o elemento que garante a funcionalidade e a coerência decisórias entre as cortes daquele país. Em comparação à Constituição de 1967 e

¹²² José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Humanos e Modernização do Pensamento Jurídico Brasileiro*, in REIS, Elisa e ZILBERMAN, Regina (orgs). *Retratos do Brasil*, EDIPUCRS, Porto Alegre – 2004, pg. 98.

¹²³ A propósito da edição da Súmula Vinculante 13, que trata do nepotismo, Eduardo Appio chegou a se referir ao Supremo Tribunal Federal como sendo a corte mais ativista do mundo. *Democracia: Fins nunca justificam meios*, artigo consultado no seguinte sítio eletrônico no dia 11 de agosto de 2015: http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios.

¹²⁴ *Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 920, p. 133-149, 2012.

a emenda de 1969, a atual estendeu o rol de legitimados para a propositura da ação direta de constitucionalidade (ADI), criou os instrumentos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, por emendas posteriores, trouxe a lume a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e o instituto da súmula vinculante.

A relação entre a multiplicação dos instrumentos de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o ativismo judicial foi percebida e analisada por Elival da Silva Ramos, sendo apontada como fator de impulso do ativismo no Brasil¹²⁵. A principal razão para tanto, diz o autor, é a maior proximidade entre o controle de constitucionalidade assim realizado e a função legislativa, já que as decisões sobre a validade das leis são emitidas com efeitos gerais ou *erga omnes*, o que torna menos nítida a distinção entre as funções jurisdicional e legislativa¹²⁶.

Mas para além do fortalecimento do Judiciário, desde o advento da atual constituição, outras instituições, como o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, ganharam e ganham a cada dia maior projeção¹²⁷, com o aumento de suas prerrogativas e o surgimento de novos instrumentos processuais. O aumento das garantias do Judiciário tem óbvia relação com de possível catalisação do ativismo judicial, mas o fortalecimento das demais instituições que atuam perante este Poder também colabora com o fenômeno, na proporção em que estende o acesso à justiça, dando vazão à litigiosidade social reprimida e permitindo a multiplicação das pretensões veiculadas perante as cortes.

À medida que tais instituições possibilitam o acesso à justiça, mais e mais indivíduos e grupos sociais passam a ver no Judiciário um local para a defesa de seus

¹²⁵ *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 274/278.

¹²⁶ “Mas, cabe indagar por que o controle concentrado de constitucionalidade ou o controle abstrato nos sistemas difusos induzem ao incremento do ativismo judicial. A principal razão para tanto está na maior proximidade do controle de constitucionalidade, assim efetuado, do exercício da função legislativa, ainda que se trate, como já assinalado, do exercício de função jurisdicional. (...) O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle percebe tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição”. Idem, pg. 277.

¹²⁷ Apenas como exemplo do que ora se afirma, desde 1988, o artigo da Constituição Federal que pela primeira vez na história do Brasil previu da Defensoria Pública (art. 134) já recebeu três emendas, as quais, indubitavelmente, fortaleceram a instituição. São elas a EC 45/2004, que assegurou a autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais, a EC 74/2013, que estendeu estas prerrogativas às Defensorias da União e do Distrito Federal, e a EC 80/2014, que afirmou os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional da Defensoria, além de defini-la como “expressão e instrumento do regime democrático”.

interesses, satisfazendo a segunda das condições apontadas por Neal Tate. Esta relação entre acesso à justiça, decorrente do fortalecimento de instituições como o Ministério Público e a Defensoria, e o aumento do ativismo judicial foi notada, entre outros, por Daniel Wei Liang Wang, que, ao analisar especificamente o fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil, procura verificar a influência do Judiciário na formulação das políticas públicas relacionadas ao tema¹²⁸.

As análises de dados empíricos coletados por este autor até o ano de 2009 são muito interessantes e demonstram, entre diversas outras coisas, a importância do instrumento da ação civil pública para a atuação do Ministério Público paulista, a atuação da Defensoria Pública na cidade de São Paulo nas demandas relacionadas ao direito à saúde e o fato de ambas estas instituições se utilizarem também de meios pré-judiciais para a resolução de conflitos, o que o autor não deixa de considerar efeito da judicialização, ainda que indireto¹²⁹.

A terceira das condições catalisadoras do ativismo judicial acima mencionadas, qual seja, a existência de uma “política de direitos” em nível constitucional, é igualmente presente em larga escala no Brasil. Como se sabe, a carta constitucional brasileira foi reconhecidamente pródiga na consagração de direitos fundamentais, tão pródiga que Roger Stiefelmann Leal chega a dizer que a constituição procedeu mesmo a uma vulgarização da noção de direitos fundamentais¹³⁰.

¹²⁸ “Portanto, para avaliar as possibilidades de o Judiciário no Brasil ser uma voz institucional para os menos favorecidos demandarem a concretização de seu direito à saúde, é preciso olhar especificamente para as duas instituições que podem promover o acesso à Justiça para eles: o Ministério Público e a Defensoria Pública”. WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e Participação Democrática nas Políticas Públicas de Saúde*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2009, pg. 66.

¹²⁹ Idem, págs. 67/92. Em especial o seguinte trecho: “Tanto a pesquisa no Ministério Público quanto na Defensoria apontam uma maior inclinação da Administração em resolver o problema pré-judicialmente. (...) Este fenômeno aponta para a existência dos chamados efeitos indiretos da atuação do Judiciário. Tanto o convênio firmado entre a Defensoria com a Secretaria Estadual da Saúde, quanto o crescente número de inquéritos civis públicos arquivados pelo Ministério Público mostram que a judicialização da saúde força o poder público a uma reavaliação de sua atividade”. Pg. 91.

¹³⁰ “Este processo de proliferação de novos direitos conduz a questionamentos a respeito da adequação desses direitos ao qualificativo “fundamental”, ou seja, indaga-se se todos esses direitos são direitos fundamentais. Sob outro enfoque, poder-se-ia falar de uma desvalorização da noção de direitos fundamentais, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais, elevando à mesma categoria a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX da CF), o direito de proteção em face da automação (art. 7º, XXVII da CF) e o direito ao lazer (art. 6º, caput da CF), haveria uma vulgarização da própria conotação de direitos fundamentais”. Roger Stiefelmann Leal, *Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Informativo Incijur, v.52, pg. 05-11, Joinville - 2003, pg. 05.

O elenco constitucional é deveras extenso e, segundo autores como Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, pouco sistemático, já que espalhado ao longo do corpo da carta magna¹³¹. A maioria destas previsões está no Título II da Constituição, que se chama “Dos direitos e garantias fundamentais”, que em seu artigo 5º, só no que respeita a direitos e garantias individuais ditos clássicos ou de primeira geração¹³², traz atualmente 78 (setenta e oito) incisos. O artigo 6º prevê os chamados direitos sociais, típicos do *welfare state*, entre os quais a educação, a saúde, a moradia, a assistência social, etc., sendo a previsão destes direitos o maior foco de críticas contra o sistema de direitos fundamentais da Constituição de 1988¹³³.

O rol segue. No artigo 7º e seguintes, a Constituição elevou ao nível da fundamentalidade direitos relacionados ao trabalho e a associação sindical e o Supremo Tribunal Federal já considerou direitos fundamentais, e, sob esta condição, cláusulas pétreas, direitos previstos em outras partes da constituição, notadamente as garantias relacionadas à tributação¹³⁴. Além disso, as previsões insculpidas nos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º possibilitam a incorporação de tratados internacionais de direitos humanos com status de normas constitucionais¹³⁵, ampliando ainda mais o chamado bloco de constitucionalidade brasileiro (ou conjunto de normas que podem servir como parâmetro para o controle de constitucionalidade¹³⁶).

¹³¹ “A Constituição Federal de 1988 não se caracteriza pela sistematicidade com relação à garantia dos direitos fundamentais. Referências a tais direitos encontram-se em diversas partes do texto constitucional”. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – 2009, pg. 32.

¹³² Por direitos fundamentais de primeira geração queremos referir aos direitos de inspiração liberal-individualista, cientes das críticas e possíveis equívocos advindos desta terminologia, segundo a advertência, entre outros, de George Marmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, 4ª edição, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 53.

¹³³ “As principais críticas formuladas contra o sistema de direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988 relacionam-se aos direitos sociais. Juristas e políticos que adotam posições nitidamente político-ideológicas neoliberais (conservadoras, sob o ponto de vista de uma interpretação constitucional que visa à garantia do status quo ante social) criticam o caráter “dirigente” da Constituição, condenam a “inflação de direitos” e principalmente a extensão dos direitos sociais, sugerindo de forma aberta ou encoberta o retorno a um regime de garantia quase ilimitada das liberdades individuais. De forma contrária, autores que adotam posições “socialmente progressistas” reclamam da falta de efetivação dos direitos fundamentais e principalmente dos direitos sociais”. Idem, pg. 33.

¹³⁴ STF, ADI 939/DF, de relatoria do Ministro Sidney Sanches, julgada em 1993.

¹³⁵ O primeiro tratado internacional incorporado com status de emenda à constituição, nos termos do procedimento previsto no §3º do art. 5º da CF, foi a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto n. 6.949/2009.

¹³⁶ Sobre o conceito de “bloco de constitucionalidade”, ver Pedro Lenza, *Direito Constitucional Esquematizado*, 14ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2014, págs. 348/349.

Concordando com Neal Tate neste ponto, Elival da Silva Ramos também parece identificar o aumento do rol de direitos fundamentais, típica dos estados intervencionistas, como fator de impulsão do ativismo judicial no Brasil, na medida em que estas previsões fazem recair sobre o judiciário as expectativas sociais de concreção e realização das promessas e finalidades constitucionais¹³⁷. Este autor observa ainda que, para além do mero aumento do rol de direitos, é fator de impulsão do ativismo o fato destes novos direitos fundamentais serem previstos, não raras vezes, na forma de princípios, com sua formulação textual tipicamente fluída. São suas as seguintes palavras:

*“Ademais, contribui como fator auxiliar da indução ao ativismo pelo controle concentrado ou pelo controle abstrato de normas a circunstâncias de que as normas parâmetro utilizadas pela Corte Constitucional (sem sentido amplo) para apurar a validade da legislação fiscalizada são, em larga medida, máxime em sede de constitucionalismo material, normas-princípio, cuja formulação textual fluída permite ao órgão de controle maior liberdade de ação no exercício de sua função hermenêutico-concretizadora”.*¹³⁸

As duas últimas condições facilitadoras da expansão do Poder Judiciário mencionadas por Neal Tate, quais sejam, a ineficiência das instituições majoritárias e a percepção geral negativa das mesmas pelos demais setores da sociedade, são, da mesma forma, notoriamente verificadas em larga escala na realidade brasileira.

A sociedade brasileira simplesmente não confia em sua classe política e, parece, em grande medida, ter motivos concretos para tanto. Os autores americanos Timothy Power e Matthew Taylor são os organizadores de obra muito interessante acerca da corrupção no Brasil, obra esta cuja introdução traz uma série de dados bastante elucidativos sobre o tema¹³⁹. Estes autores nos lembram que absolutamente todos os presidentes brasileiros do período pós-autoritário enfrentaram escândalos de corrupção, entre os quais se destacam o escândalo da Ferrovia Norte-Sul (1987), o “Collorgate”

¹³⁷ Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, pg. 271.

¹³⁸ *Idem*, pg. 277.

¹³⁹ POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. *Accountability institutions and political corruption in Brazil*. In: *Corruption and democracy in Brazil*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011.

(1992), o escândalo dos Anões do Orçamento (1993), o escândalo da SUDAM (2000) e o “Mensalão” (2005)¹⁴⁰.

Como se já não bastasse, à época em que Power e Taylor publicaram o seu livro, o ano de 2011, ainda não havia eclodido, se não o maior já ocorrido, pelo menos, o maior escândalo de corrupção já apurado no Brasil, em todos os tempos: o chamado “Petrolão”¹⁴¹. A partir da investigação de esquemas de lavagem de dinheiro relacionados a um posto de gasolina localizado no Estado do Paraná, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal se depararam com um esquema imenso de favorecimento das maiores empreiteiras do País nos contratos da maior empresa pública do Brasil, a Petrobrás, favorecimentos estes que se davam em troca de propinas, as quais tinham como destino, principalmente, o financiamento de campanhas políticas, entre as quais, é o que se aventa, a própria campanha de reeleição da presidente Dilma Rousseff, em 2014¹⁴².

Não se sabe ao certo quanto dinheiro foi desviado no chamado “Petrolão”, muito embora a Polícia Federal já tenha feito estimativas na casa dos 19 bilhões de reais¹⁴³. A própria Petrobras reconheceu, em seu balanço referente ao exercício de 2014, prejuízos de mais de seis bilhões de reais em virtude de corrupção¹⁴⁴. A proporção dos prejuízos causados e o fato deste esquema de corrupção envolver, possivelmente, diversos políticos da cúpula dos Poderes Executivo e Legislativo do País são suficientes para que possamos supor o tamanho do impacto de um episódio como este na confiança da opinião pública.

É interessante verificar que o escândalo de corrupção citado por Neal Tate como uma das causas da desconfiança da sociedade norte-americana na classe política é o caso “Watergate”¹⁴⁵, em que, basicamente, restou comprovado que o presidente

¹⁴⁰ Idem, pg. 02.

¹⁴¹ A análise é do ex-ministro chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, em matéria publicada no dia 23 de março de 2015, no jornal Estado de São Paulo, disponível no sítio eletrônico <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,caso-petrobras-e-o-maior-ja-apurado-afirma-ex-ministro-imp-1655832>.

¹⁴² A operação da Polícia Federal e do MPF que deflagrou a descoberta do esquema é chamada de Operação Lava-Jato, que ainda está em curso. Para mais detalhes: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato>.

¹⁴³ Conforme artigo publicado em 02 de julho de 2015, no jornal Estado de São Paulo, disponível no sítio eletrônico: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pf-ja-calcula-em-r-19-bi-prejuizos-da-petrobras>.

¹⁴⁴ Conforme artigo publicado em 22 de abril de 2015, no portal de notícias on-line do UOL: <http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/04/22/balanco-petrobras.htm>.

¹⁴⁵ “In the U.S. harsh criticism of elected politicians has always been a major industry – witness the works of Mark Twain, among many others. In more recent decades, such events as the Watergate affair have

Richard Nixon, que era filiado ao Partido Republicano, sabia e consentiu com o arrombamento de um escritório do Partido Democrata, para espionar estratégias de campanha¹⁴⁶. Embora o famoso caso norte-americano seja igualmente inadmissível, parece-nos possível dizer que os escândalos de corrupção brasileiros são incomparavelmente maiores do que os norte-americanos e, por isso, possivelmente ainda mais impactantes na opinião pública, no sentido de promover a total descrença da sociedade nos membros do governo e dos parlamentos.

Como resultado de todo este cenário, Power e Taylor mencionam pesquisas que demonstram que, enquanto no ano de 1992, 31% da população brasileira dizia ter confiança nos políticos e 26% o diziam acerca dos partidos políticos, no ano de 2006, estes percentuais foram, respectivamente, de apenas 8% e 9%, o que demonstra um desgaste de imagem extremamente relevante em pouco mais de uma década.¹⁴⁷ Estes autores citam ainda dados do *Global Corruption Barometer*, da organização internacional de combate à corrupção *Transparency International*, segundo os quais 99% da população brasileira veem a corrupção como sendo um dos grandes problemas do País¹⁴⁸. Outra pesquisa mencionada indica que cerca de um terço dos brasileiros acredita ser impossível estar na vida política e não se envolver, de algum modo e em algum grau, com a corrupção¹⁴⁹. Os dados são, no mínimo, alarmantes.

A desconfiança da sociedade nas classes políticas fica ainda mais evidente se comparada com a visão que a sociedade tem de outras instituições, entre as quais o próprio Poder Judiciário. Em sua tese de doutorado, Marcos Paulo Veríssimo cita pesquisa feita pelo instituto IBOPE, no ano de 1999, acerca do índice de confiabilidade das instituições. Segundo consta, Poder Judiciário era digno de confiança para 55% da população, enquanto apenas 11% afirmavam confiar nos partidos políticos e apenas 5% nos políticos em geral¹⁵⁰.

Esta visão disseminada na sociedade brasileira de que as classes políticas são, em sua grande maioria, ineficientes e corruptas, acaba por ser em alguma medida

enhanced the prospects for investors in that industry. One must remember that in that affair, the third branch of government came out less badly than the second on, not to mention the first". C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, op. cit., pg. 03.

¹⁴⁶ https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Watergate.

¹⁴⁷ Timothy Power e Matthew Taylor, op. cit., pg. 03.

¹⁴⁸ Idem, pg. 04.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Marcos Paulo Verissimo, op.cit., pg. 73.

incorporada pelos próprios membros da magistratura, diminuindo naturalmente a deferência às decisões legislativas e administrativas e, assim, expandindo o âmbito de atuação da jurisdição constitucional. Se os juízes, que sentem ter o poder de rever os atos dos demais poderes mediante a aplicação direta da Constituição, presumem mentalmente que estes atos são emanados, via de regra, de forma ineficiente e por motivos escusos, por óbvio que tenderão a utilizar este poder com maior frequência e intensidade, substituindo as decisões dos outros poderes pelas suas próprias. Em um contexto que tal, a magistratura passa, em alguma medida, a se ver como a última esperança da população na realização dos valores morais previstos na constituição, atuando como verdadeiro “superego”¹⁵¹ da sociedade.

A comparação da atuação do judiciário com o conceito psicanalítico de “superego” é feita pela autora alemã Ingeborg Maus, em sua análise da atuação do Tribunal Constitucional Alemão¹⁵², e talvez possa se aplicar em alguma medida ao judiciário brasileiro. Esta autora enxerga na sociedade alemã um processo que se inicia com a assunção de que os direitos fundamentais não podem ser compreendidos de acordo com as categorias racionalistas do iluminismo, passa pela afirmação de uma espécie de moralismo jurídico e chega à conclusão de que só personalidades essencialmente justas poderiam dizer o conteúdo destes direitos, proferindo decisões justas¹⁵³.

Ante esta necessidade social de depositar a confiança em alguém que possa de fato traduzir o conteúdo axiológico vigente, papel este que historicamente cabia à monarquia, a complexa sociedade alemã teria elegido sua Corte Constitucional, depositando nela as suas esperanças¹⁵⁴. A autora menciona que o Judiciário alemão goza de uma admiração da população que “*assume traços de uma veneração religiosa*”¹⁵⁵ e que, sentindo-se respaldados por toda esta legitimação popular, os juízes do Tribunal

¹⁵¹ Na obra *Vocabulário da Psicanálise*, de Laplanche e Pontalis (3ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo – 1998, pg. 497, consta a seguinte definição de “superego”: “*Uma das instâncias da personalidade tal como Freud a descreveu no quadro da sua segunda teoria do aparelho psíquico: o seu papel é assemelhável ao de um juiz ou de um censor relativamente ao ego. Freud vê na consciência moral, na auto-observação, na formação de ideais, funções do superego*”.

¹⁵² Ingeborg Maus, *O Judiciário como Superego da Sociedade*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010.

¹⁵³ Idem, pg. 17.

¹⁵⁴ “*Nessa via de escape da complexidade de uma sociedade em que os valores objetivos estão sendo questionados, não dificuldade em se reconhecer o modelo clássico da delegação do superego. O alívio da discussão e do processo nos processos sociais e políticos de formação do consenso, nos quais, em geral, somente seria possível fazer um julgamento sobre normas e representações axiológicas, é alcançado por meio da centralização da “consciência” social no Judiciário*”. Idem, pg. 18.

¹⁵⁵ Idem, pg. 16.

Constitucional se portam como verdadeiros guardiões de um direito moralmente superior, alçando-se “à condição de instância moral superior da sociedade”¹⁵⁶, desapropriando as instâncias políticas ordinárias e praticando verdadeira “teologia da Lei Fundamental”¹⁵⁷, o que tem conduzido a sociedade alemã a um padrão pré-democrático de integração¹⁵⁸, própria dos Estados despóticos¹⁵⁹.

As análises de Ingeborg Maus são contundentes e podem nos parecer extremadas¹⁶⁰, mas talvez possam encontrar algum paralelo na realidade brasileira. Enquanto na Alemanha, o papel de superego da sociedade é assumido pelo Judiciário em decorrência de seu grande prestígio social, no Brasil este papel parece decorrer de causa inversa, qual seja, o déficit de prestígio e de confiança da população nos demais Poderes. Em ambos os casos, todavia, verifica-se o aumento das expectativas sociais na atuação dos juízes e a assunção, por parte dos mesmos, de uma postura salvacionista, da qual decorre inegável incremento de seu ativismo¹⁶¹.

Acerca desta temática, Carlos Bastide Horbach publicou importante artigo, chamado *A avaliação da democracia togada passa pelas causas e efeitos*¹⁶². Nele o autor comenta entrevista dada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, no final do ano de 2013, em que, basicamente, o ministro afirmava que o Congresso Nacional tinha se mantido inerte na questão de se reformar o sistema de

¹⁵⁶ Idem, pg. 19.

¹⁵⁷ “A desapropriação, por parte do Tribunal Supremo, dos processos de decisão dos interesses sociais e de formação da vontade política, bem como dos discursos morais é alcançada por meio de uma transformação fundamental do conceito de Constituição: a Constituição não é mais entendida, como nos tempos da fundamentação racional e jurídico-natural da democracia, como prova da institucionalização de processos e de garantias jurídico-fundamentais de espaços de liberdade que afiançam todos esses processos sociais e políticos, mas como um texto fundamental, a partir do qual “escribas” deduzem como da Bíblia ou do Corão, os valores e comportamentos corretos. Em muitos de seus votos por maioria, o Tribunal Constitucional alemão pratica a “teologia da Lei Fundamental””. Idem, pg. 26.

¹⁵⁸ Idem, pg. 19.

¹⁵⁹ Idem, pg. 21.

¹⁶⁰ É particularmente chocante a comparação que a autora faz entre o sistema jurídico alemão atual e o vigente ao tempo do nazismo. Informa a autora, que a literatura jurídico-científica do Terceiro Reich dizia que os juízes, do povo de Adolf Hitler, deveriam sair da “escravidão das letras do direito positivo” e “não se servirem escravizadamente das muletas da lei”, haja vista que os juízes eram a “encarnação da consciência viva da nação”. Idem, pg. 34.

¹⁶¹ Importante pontuar que neste momento não estamos necessariamente criticando esta postura dita salvacionista do Poder Judiciário, mesmo porque acreditamos que em determinados casos é este mesmo o papel deste poder, enquanto instância contra majoritária e garantidora dos direitos fundamentais. As considerações aqui feitas têm por objetivo unicamente demonstrar o nexos de causalidade existente entre a assunção desta postura como regra e o incremento do ativismo judicial.

¹⁶² Carlos Bastide Horbach, *A avaliação da democracia togada passa pelas causas e efeitos*. Artigo publicado em 12 de janeiro de 2014, disponível no sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-12/analise-constitucional-avaliacao-democracia-togada-passa-pelas-causas-efeitos>.

financiamento de campanhas políticas e que esta inércia estava pondo em risco a democracia, pelo que caberia ao Supremo Tribunal intervir¹⁶³, ainda que para tanto fosse necessário editar normas gerais e abstratas. Reputando-a corajosa, honesta e coerente com sua trajetória pessoal, Carlos Horbach chega a elogiar a declaração do ministro no sentido de que “o STF tem um papel de tal modo proeminente no sistema institucional brasileiro, que pode substituir a atuação dos demais poderes — exercendo, portanto, diretamente suas funções — quando considerar, segundo seus próprios critérios, que esses poderes se encontram de algum modo inertes”. Trata-se, ainda segundo o autor, de formulação que sintetizaria para muitos o conceito de ativismo judicial.

Ocorre que, segundo Carlos Horbach, o argumento ativista, sustentado pelo do ministro Barros, teria como premissa a total descrença nas classes políticas e o reconhecimento da incapacidade da população de eleger administradores e legisladores capazes de realizar o conteúdo democrático da Constituição. Nesta perspectiva, nas palavras do autor, o STF “salvaria o povo de suas próprias escolhas, desempenhando, no sistema institucional brasileiro, um papel orientador e corretivo dos poderes constituídos, papel esse que, em condições normais, seria do eleitorado”¹⁶⁴. Esta postura salvacionista, encampada pelo Supremo Tribunal Federal, por óbvio também pode ser vista na fundamentação de diversas decisões judiciais Brasil afora, de diversos outros Tribunais¹⁶⁵.

¹⁶³ A íntegra da entrevista, que foi publicada em 22 de dezembro de 2013, está disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>.

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Entre as decisões que conhecemos que mais explicitamente atestam esta postura, ver o acórdão proferido pela 3ª Câmara de Direito Público, quando do julgamento da apelação n. 9199613-77.2002.8.26.0000. Para fundamentar sua decisão de manter sentença de 1ª instância em ação civil pública que determinava que o Estado de São Paulo fornecesse tratamento especializado a todos os autistas do estado, o relator afirma que “não é suficiente, portanto, que o Estado proclame o reconhecimento de um direito constitucional, para solapá-lo por meio de gestões de duvidosa eficiência e moralidade”, que “é necessário que esses direitos venham a ser respeitados e implementados pelo Estado, destinatário do comando constitucional”, e que se não o fez, sob a retórica de “argumentos destituídos de significação, como a impossibilidade orçamentária, assiste ao cidadão o direito de exigir do Estado a implementação de tais direitos”. Em outro trecho, o relator é ainda mais enfático na sua crítica à gestão dos recursos públicos estaduais: “O argumento tão ao gosto dos burocratas de que o reconhecimento desse direito essencial ao cidadão do acesso à saúde, pode implicar em comprometimento de outras políticas públicas de saúde não prevalece. Basta se proceda a uma gestão racional, eficiente e honesta da coisa pública. Que não se socorra com dinheiro público grandes conglomerados econômicos, que não se venda dólares a preços subsidiados a banqueiros falidos, em afronta ao princípio da legalidade e da moralidade administrativa. Que se faça enfim, a devida aplicação da contribuição tributária vinculada sobre movimentação financeira destinada aos programas de saúde pública. Se o Estado não atingiu, ainda, o grau ético necessário a compreender essa questão, deve ser compelido pelo Poder Judiciário, guardião da Constituição, a fazê-lo”.

2.2.2. A presença de fatores catalisadores específicos do ativismo judicial relacionado a direitos sociais a prestações materiais

Com o que discorremos até aqui, tentamos demonstrar a presença em larga escala de todas as condições catalisadoras do ativismo judicial apontadas por Neal Tate na realidade social brasileira. Cumpre-nos salientar, todavia, que tais condições são, por assim dizer, catalisadoras do ativismo judicial relativo a direitos constitucionais de qualquer tipo, e não especificamente relativos aos chamados direitos sociais, que é o foco do nosso trabalho. Com efeito, as análises de autores norte-americanos, no que respeita ao ativismo judicial, nem poderiam tratar especificamente de direitos sociais, visto que a Constituição norte-americana é silente acerca de tais direitos.

Muito embora Neal Tate cite decisões de juízes norte-americanos que acabam por reformar políticas públicas de cunho social¹⁶⁶, é possível dizer com segurança que tais decisões não têm por fundamento, ao menos expreso, direitos como saúde, educação ou respeito à dignidade da pessoa humana, baseando-se antes em direitos fundamentais clássicos, como a igualdade e uma interpretação substantiva da cláusula do devido processo legal.

Consideramos este último apontamento de suma importância, já que pretendemos demonstrar que o Brasil reúne, além de todos estes fatores catalisadores do ativismo judicial em geral, outros fatores específicos que servem como impulsionadores do tipo de ativismo específico que é objeto deste trabalho, qual seja, o ativismo judicial relativo a direitos sociais. Estes fatores específicos seriam, no nosso entender, as imensas carência e desigualdade sociais e a existência de um sistema difuso de constitucionalidade.

Seria totalmente desnecessário dizer que o Brasil, no ano de 2015, ainda é um País de terceiro mundo, com altos índices de concentração de renda e contando ainda com relevante parcela da população vivendo abaixo da linha da pobreza. Nada obstante, a Constituição vigente foi extremamente generosa na promessa de promoção de direitos sociais que, se completamente cumpridas, garantiam padrão de vida bastante superior ao efetivamente usufruído pela maioria da população. Neste contexto, torna-se absolutamente

¹⁶⁶ *“Indeed, a single federal district judge, William Wayne Justice, is famous/notorious for his decisions requiring Texas to reshape its policies regarding public education, mental health, juvenile justice, prisons, and other areas. The experience of Texas is far from unique”*. C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, op. cit., pg. 02.

natural a geração de conflitos decorrentes da quebra das expectativas sociais no Estado, conflitos estes que acabam por desaguar no Judiciário e, por sua proliferação, impulsionam este Poder a agir inclusive além de suas atribuições usuais. São neste sentido as seguintes palavras de Elival da Silva Ramos:

“Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno (...)”.¹⁶⁷

Na mesma linha, Elival da Silva Ramos segue dizendo que a obtenção de níveis socioeconômicos adequados pelos países europeus, somada à multiplicidade de experiências institucionais daquelas nações, fez com que o componente social da democracia perdesse muito de seu caráter fomentador do ativismo judicial¹⁶⁸. Trata-se de constatação de suma importância. Mais a frente neste trabalho, serão analisadas algumas decisões relativas a direitos sociais na Alemanha, país que, como se sabe, têm padrões econômicos e sociais na média muito mais elevados que os brasileiros. Sem o peso da pressão social que a desigualdade e a carência econômicas acarretam, é obviamente mais fácil ao Judiciário daquele país adotar posturas auto restritivas na adjudicação de direitos sociais.

O segundo dos fatores impulsionadores específicos do ativismo judicial em direitos sociais verificados no Brasil e que tem relação clara com este primeiro que acabamos de mencionar, é, segundo entendemos, o sistema de controle difuso de constitucionalidade, tal como existente entre nós. Explicamo-nos.

Como se sabe, o Brasil ostenta um sistema de controle de constitucionalidade difuso e de natureza jurisdicional-repressiva, de matriz estadunidense, de modo que todos os juízes e tribunais do País podem declarar a inconstitucionalidade de leis, de quaisquer entes da federação, como fundamento do julgamento de qualquer caso

¹⁶⁷ Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, pg. 272.

¹⁶⁸ Idem.

concreto que lhes seja submetido, ressalvadas apenas a regra da reserva de plenário insculpida no art. 97 da Constituição no que toca aos tribunais, as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal que contam com efeito vinculante e *erga omnes*. Este caráter difuso não se altera pelo fato de existirem no Brasil diversos instrumentos e técnicas de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, típicas do modelo europeu, parecendo-nos incorreta a classificação do sistema brasileiro como sendo um sistema misto¹⁶⁹.

Esta sua característica advém de razões históricas, ligadas à influência das instituições norte-americanas no ideário das lideranças políticas da época da Proclamação da República brasileira, e a adoção paulatina de elementos típicos do sistema europeu se deve tanto à tentativa de superar a ausência do instituto da vinculação aos precedentes (*stare decisis*), como demonstra José Levi Mello do Amaral Júnior¹⁷⁰, quanto à transformação do Estado Brasileiro em uma democracia-social, à luz da experiência das nações europeias ocidentais¹⁷¹.

Ocorre, todavia, que o sistema de controle difuso simplesmente não se adequa corretamente às necessidades de um Estado que se pretende de bem-estar social, como é o Brasil dos nossos dias, sendo antes um modelo de fiscalização da atividade legislativa próprio de Estados não-intervencionistas ou liberais¹⁷², de modo que a

¹⁶⁹ “O sistema de controle de constitucionalidade de leis no Brasil deve ser enquadrado no sistema-tipo de matriz estadunidense. É certo que a partir da Constituição de 1934, e com maior ênfase a partir da Carta em vigor, adquiriu o sistema notável complexidade, com a introdução de instrumentos e técnicas características do modelo europeu, o que, entretanto, não foi, a nosso juízo, suficiente para alterar a sua identificação inicial com aquele outro sistema modelar de natureza jurisdicional. Não se diga, por outro lado, que se trata de sistema misto (...), situado na confluência dos dois sistemas-padrão, pois, conforme demonstramos no item 22, existe uma autêntica vis atractiva em relação a ambos, de sorte que, ao que se observa dos estudos de *Direito Constitucional Comparado*, não há propriamente sistemas mistos e sim variantes de um outro sistema”. Elival da Silva Ramos, *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, pg. 362.

¹⁷⁰ *Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 920, p. 133-149, 2012.

¹⁷¹ “Não é difícil perceber que a Constituição de 5 de outubro de 1988 desenha um sistema político de democracia social. Neste sentido, dá ela prosseguimento à tendência iniciada com a Constituição de 1934, que marcou a adesão de nosso constitucionalismo ao modelo weimariano, porém na vertente contemporânea da chamada democracia participativa”. Elival da Silva Ramos, *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, pg. 357.

¹⁷² “A conclusão inexorável é a de que o sistema modelar estadunidense foi esculpido para atender às necessidades do constitucionalismo liberal-democrático, voltando-se, primordialmente, à tutela das disposições constitucionais que consagram os direitos de liberdade, no campo civil, político e econômico. (...)”. Idem, pg. 352.

sobreposição destes modelos de controle da legislação e Estado, tal como existente no Brasil, gera uma série de disfunções¹⁷³.

Esta mencionada inadequação se deve a uma série de fatores, entre os quais o próprio papel da legislação em cada um destes tipos de estado. No Estado liberal a legislação não é vista como essencial à promoção do bem comum, cabendo ao Estado primordialmente a garantia da liberdade e da segurança. A jurisdição constitucional neste contexto tem, basicamente, o papel de conter o Poder estatal, do que decorrem, entre outras muitas, pelo menos três características que nos cabe salientar: (i) a tolerância a violações à Constituição que não tenham o condão de restringir irregularmente liberdades individuais, sendo suficiente a restrição da possibilidade de acionamento do controle pelos particulares em seus casos individuais e concretos¹⁷⁴; (ii) a pouca relevância da existência de uniformidade das decisões¹⁷⁵; e (iii) a conveniência da multiplicidade de órgãos controladores, cuja ocorrência tende a favorecer o acesso ao mecanismo de controle.

A lei no Estado social, por sua vez, sem descurar da função limitadora do poder típica do Estado liberal, assume ainda outro papel, passando a ser vista como instrumento de governo e, pois, como elemento essencial à transformação social rumo à plena consecução dos fins do Estado e ao bem-estar da população¹⁷⁶. Na medida em que incorpora esta função, é natural que a legislação experimente não apenas um aumento

¹⁷³ Idem, pg. 363.

¹⁷⁴ “Esta importante deficiência do modelo estadunidense tem sido constatada pela doutrina, que, entretanto, não se dá conta de que a lógica do controle efetuado em concreto, incidentalmente, é a do Estado liberal-democrático, preocupado com a contenção do poder estatal, em benefício da autonomia de indivíduos e entidades privadas. Não é, assim, vista como preocupante a circunstância de que importantes segmentos da Constituição restam, de fato, desprotegidos diante de certas agressões por atos normativos subalternos, já que as normas constitucionais que consagram liberdades públicas ou estabeleçam limites ao poder de tributar estarão suficientemente resguardadas mediante provocação dos prejudicados por legislação que as viole. Em última análise, o que importa é impedir que o legislador infraconstitucional, agindo em desacordo com a Constituição, produza agravo à esfera subjetiva dos particulares, mormente se isso importar em restrição às liberdades individuais, ao direito de propriedade e seus desdobramentos e à igualdade perante a lei (discriminações legítimas)”. Idem, pg. 342.

¹⁷⁵ “A fiscalização de padrão americano sempre acarreta certa falta de uniformidade nas decisões de controle, na medida em que são provenientes de múltiplos órgãos judiciários, que decidem apenas com eficácia inter partes. E isso é verdadeiro ainda que, no ordenamento de origem e nos demais filiados da common law, haja algum temperamento por força da regra do stare decisis, que importa na vinculação dos órgãos judiciários aos precedentes ditados por tribunais superiores, inclusive no que concerne à motivação dos julgados, compreensiva da resolução de questões de constitucionalidade. (...) Em um Estado que sobriamente legisla e em que a legislação é tida como algo importante, porém não essencial à obtenção do bem comum, não se afigura problemática a falta de uniformidade da jurisprudência acerca da compatibilidade ou não de atos normativos à Constituição”. Idem, pg. 344 e 345.

¹⁷⁶ Idem, pg. 345.

quantitativo, relativo ao número e à extensão dos diplomas normativos editados¹⁷⁷, mas também, e principalmente, um aumento no que respeita a sua complexidade, abrangendo cada vez mais aspectos de ordem técnica¹⁷⁸.

Em um contexto que tal, a jurisdição constitucional assume um papel ainda mais importante, de indução e correção dos rumos do Estado, do que decorrem naturalmente as seguintes características: (i) a necessidade da existência da possibilidade de controle de quaisquer atos que desafiem a constituição, ainda que não tenham reflexo direto na vida dos particulares¹⁷⁹; (ii) a necessidade de uniformidade nas decisões¹⁸⁰; e (iii) a conveniência da concentração do controle em um único ou em alguns poucos órgãos, que adquiram algum grau de especialização no desempenho desta função complexa e que demanda alta tecnicidade¹⁸¹.

A total conveniência na especialização da jurisdição constitucional decorrente da concentração desta atividade nos Estados sociais é destacada por Elival da Silva Ramos. Este autor cita técnicas de controle que em regra inexistem em sistemas de matriz estadunidense e que são extremamente úteis em estados como o Brasil, como a anulabilidade dos atos inconstitucionais e a possibilidade de controle das omissões inconstitucionais. Mais a frente, este autor pontua que nos Estados sociais, cabe aos Tribunais Constitucionais a função de “*colaborar para a superação da situação inercial, mediante autêntico diálogo com o legislador remisso*”, tarefa esta que exige dos juízes constitucionais “*consciência acurada acerca da dimensão institucional do problema*” e dos problemas que são chamados a resolver. Arremata seu raciocínio, com a afirmação de

¹⁷⁷ “Os atos legislativos (na democracia social) *experimentam, pois, o dinamismo dos fatos que pretendem regular, modificando-se velozmente e sendo produzidos em quantidade cada vez maior*”. Idem, pg. 343.

¹⁷⁸ “Outro liame que se pode perceber entre sistemas de controle de constitucionalidade e as expressões históricas da democracia reside no caráter técnico que a legislação assumiu por ocasião do advento do Estado intervencionista”. Idem, pg. 346.

¹⁷⁹ “Em um Estado com essas características, não pode o sistema de controle de constitucionalidade descurar de leis e atos normativos que, mesmo sem interferência direta na esfera subjetiva de pessoas públicas ou privadas, desafiem a Constituição, porquanto é também fundamental para o êxito da missão estatal o triunfo da racionalidade da ação do Poder Público, expressa na observância das normas constitucionais sobre o processo legislativo, a distribuição funcional e territorial de competências, o planejamento e a execução orçamentário-financeira, as diretrizes políticas sociais etc.”. Idem, pg. 343.

¹⁸⁰ A exemplificar a necessidade de uniformidade acima relatada, Elival da Silva Ramos cita possíveis controvérsias relativas a fruição de benefícios previdenciários e a exações fiscais, cujas decisões podem impactar a vida de milhares de pessoas e o planejamento orçamentário dos Entes Públicos. Idem.

¹⁸¹ “Ora, a especialização da jurisdição constitucional, propiciada pela concentração da competência de controle, como sucede no sistema europeu, sem dúvida alguma favorece o exame da legislação do Estado social-democrático, ao passo que, de modo oposto, a fiscalização difusa, entregue a juízes e tribunais ordinários, encontra grandes dificuldades para a adequada compreensão dos atos legislativos cuja constitucionalidade lhes incumbe perscrutar”. Idem, pg. 346.

que “a concentração da competência de controle e o desempenho da jurisdição constitucional de modo especializado, próprios do sistema europeu, favorecem a moldagem de magistrados preparados para essa nobre e complexa missão”¹⁸².

A partir destas considerações, nos parece clara a existência da disfunção acima mencionada, a qual, no nosso entender, estimula o ativismo judicial no que respeita aos direitos sociais. Como se sabe, e será abordado com mais vagar mais a frente neste trabalho, os direitos ditos sociais (mais especificamente os direitos a prestações em sentido estrito) são direitos que demandam via de regra a assunção de diversos juízos de ordem técnica para sua efetiva realização. Estes juízos se referem não apenas à adequação de uma determinada prestação a uma determinada situação concreta, individualmente considerada¹⁸³, mas também à eficiência econômica no oferecimento de uma determinada prestação no universo de ações governamentais, haja vista a escassez de recursos estatais, a multiplicidade de demandas sociais e a necessidade de planejamento na alocação dos recursos daí decorrente.

A existência de diversos órgãos judiciais com competência para verificar a constitucionalidade da legislação vigente acarreta perda de especialização dos mesmos (ou da maioria deles), fazendo com que tenham dificuldades práticas para analisar as decisões técnicas dos outros Poderes¹⁸⁴, dificuldades estas que se potencializam no contexto de sobrecarga de processos do Judiciário brasileiro. Além disso, esta fragmentação decorrente do sistema difuso faz com que os órgãos judiciais deixem de enxergar as consequências e impactos que suas decisões podem ter no planejamento dos gastos estatais como um todo, visto que, cada uma delas individualmente considerada, por maior que seja, parecerá sempre de pequena relevância frente à imensa capacidade

¹⁸² Idem, pg. 351.

¹⁸³ Juízos técnicos desta ordem seriam, por exemplo, aqueles ligados a medicação deve ser ministrada a pacientes que se encontrem em um determinado quadro clínico ou com quantos anos uma determinada criança já teria condições intelectuais de ingressar no ensino fundamental, entre diversos outros.

¹⁸⁴ Cláudio Pereira de Souza Neto resume de forma bastante elucidativa o que chama de “crítica técnica”, ainda que para, em seguida, rebatê-la. São suas as seguintes palavras: “O Judiciário não estaria capacitado, por exemplo, para saber se determinado medicamento é efetivamente necessário. O Executivo, por outro lado, detém capacidades institucionais para tomar decisões informadas nesse campo. Tais decisões demandam uma deliberação cuja complexidade não seria abarcável em um processo judicial, do qual participam apenas as partes formalmente legitimadas. O problema não se repetiria nos demais ramos do Estado, que são capazes de dialogar com um espectro mais amplo da sociedade e de considerar informações mais complexas e variadas. Essa é uma crítica importante, que demanda auto-restrição judicial no que toca às políticas públicas”. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, 2ª tiragem, Rio de Janeiro – 2010, pg. 530.

econômica do Estado e, assim, perfeitamente possível de ser realizada naquele caso concreto.

Em outras palavras, a difusão do controle de constitucionalidade faz com que, no que respeita aos direitos sociais, os juízes tendam a confundir “reserva do possível de caráter econômico”, que é a inexistência de recursos não alocados ou alocados de modo irrazoável, com “impossibilidade econômica empírica”, que é a total inexistência de recursos¹⁸⁵, de modo a quase nunca deixarem de conceder uma determinada prestação pleiteada em juízo sob o fundamento da inexistência de recursos estatais para tanto.

Carecendo recorrentemente de capacidade técnica e sem conseguir ter uma visão global do impacto de suas decisões, os juízes brasileiros ficam mais suscetíveis à pressão popular decorrente da realidade de carência e desigualdade sociais do Brasil, tendendo a ceder com mais facilidade ao forte apelo emocional que os direitos sociais trazem consigo e, assim, agir de modo mais ativista. Fernando Facury Scaff resume a ideia ora posta em trecho a seguir:

“O sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é misto, entre o sistema direto e difuso. Isto faz com que resida em cada qual dos habitantes do país um legitimado para o exercício do controle difuso de constitucionalidade. (...) O Brasil é um país com enormes disparidades sócio- econômicas, o que faz com que os juízes, com apurado senso de Justiça e, em muitos casos, bastante voluntariosos, queiram fazer “justiça direta”, implementando os direitos sociais assegurados na Constituição sem a intermediação das normas legais ou regulamentares expedidas pelo Legislativo ou Executivo”¹⁸⁶.

2.2.3. O arcabouço teórico do ativismo judicial no Brasil: o neoconstitucionalismo e a “doutrina brasileira da efetividade”

¹⁸⁵ Trata-se de conceitos trazidos de forma brilhante por José Reinaldo de Lima Lopes, em artigo chamado *Em torno da Reserva do Possível*, in Ingo *Em torno da Reserva do Possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, págs. 155/173.

¹⁸⁶ Fernando Facury Scaff, *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, pg. 135. Saliente-se a nossa discordância com a classificação do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade como sendo misto, conforme nota de rodapé n. 145 supra.

Conforme pontuado no final do tópico 3.1 acima, Neal Tate elenca entre as condições fáticas catalisadoras do ativismo judicial o surgimento de uma cultura ativista entre os juízes constitucionais, cultura esta que, já o dissemos, é obviamente fomentada pela existência das demais condições. Mas para além da existência de condições fáticas favoráveis, o surgimento de uma determinada “cultura jurídica” parece-nos depender também da existência de um lastro teórico que a embase, sem o quê os juízes, por mais dispostos que estejam a agir em um determinado sentido, se sentiriam de mãos atadas. O ativismo judicial no Brasil parece ter encontrado este seu fundamento teórico na chamada doutrina neoconstitucionalista.

Em seu aprofundado e já citado estudo sobre o tema, Jorge Octávio Lavocat Galvão nos alerta acerca da inexistência de uma concepção unívoca do que seja o chamado neoconstitucionalismo e demonstra sua descrença na tentativa de sistematização do pensamento de autores que se autodenominam filiados a esta corrente doutrinária¹⁸⁷. Nada obstante, este autor procura elencar características e definições que são mais recorrentemente citadas em trabalhos acadêmicos e cita, como sendo a essência desta corrente doutrinária, a adoção de uma certa especificidade na interpretação constitucional¹⁸⁸.

Outro autor que se debruçou sobre o tema é Humberto Ávila¹⁸⁹. Este autor, após reconhecer o fato de que o que se convencionou chamar neoconstitucionalismo foi um dos fenômenos mais visíveis da teorização e aplicação do Direito Constitucional desde 1988, aponta cinco características ou mudanças supostamente trazidas por esta linha doutrinária, mudanças estas que, segundo entendemos, resumem muito bem a lógica neoconstitucionalista. São elas: (i) a aplicação prevalente de princípios em vez de regras; (ii) a preferência na utilização do método da ponderação no lugar da subsunção; (iii) a crença na prevalência da “justiça particular” em vez da “justiça geral”; (iv) a preeminência do

¹⁸⁷ “Apesar da ampla aceitação do Neoconstitucionalismo no Brasil, não há uma concepção unívoca dessa doutrina. As diferentes correntes filosóficas daqueles que se intitulam como tal fazem com que se mostre infrutífera qualquer tentativa de se agrupar em uma definição todas as teses defendidas por esta corrente doutrinária”. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo – 2014, pg. 56.

¹⁸⁸ Idem, pg. 60.

¹⁸⁹ Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>.

Poder Judiciário sobre os demais poderes; e (v) uma maior aplicação direta da Constituição em detrimento da antes necessária interposição legal¹⁹⁰.

Das cinco características elencadas por Humberto Ávila, acreditamos ser possível dizer que as três últimas, que referem propriamente à atuação ativista, são as consequências das duas primeiras. É, pois, na principiologização exacerbada da Constituição e na elevação do método da ponderação ao status de regra geral de aplicação do direito que, segundo entendemos reside o fundamento metodológico do neoconstitucionalismo.

Podemos definir o chamado método da ponderação como a técnica de aplicação do direito em que, constada a presença de dois princípios colidentes num determinado caso concreto, o juiz estabelece uma relação de precedência entre eles, relação esta que vale apenas, a princípio, para aquele caso, sem que nenhum dos princípios seja expurgado do sistema¹⁹¹.

Ávila demonstra a forma pela qual os neoconstitucionalistas transformam a ponderação no critério prevalente de aplicação do direito: ao assumirem existir uma clara superioridade dos princípios em relação às regras, acabam por entender que há sempre um princípio por trás de qualquer regra. Sob este entendimento, quase todos os conflitos podem ser lidos como se colisões de princípios fossem, restando aberta a possibilidade de se realizar a ponderação entre princípios em qualquer caso concreto, ainda que haja regras claras sobre um determinado assunto¹⁹².

Ocorre que a primazia da ponderação como forma de aplicação do direito é absolutamente criticável, por uma série de razões, explicitadas também por Ávila. A primeira delas consistiria no fato de o uso excessivo da ponderação conduzir a um “anti-escalamento”, já que os princípios sempre seriam os critérios de decisão, nada obstante a existência de regras constitucionais e infraconstitucionais. O autor demonstra a inexistência de hierarquia entre princípios e regras constitucionais, salientando as funções que cada tipo de norma tem no ordenamento, razão pela qual não seria cabível o uso da ponderação quando houvesse regras claras sobre um determinado assunto.

¹⁹⁰ Idem, pg. 02.

¹⁹¹ Idem, pg. 09.

¹⁹² Idem, pg. 05.

Em segundo lugar, e como consequência da primeira constatação, a utilização da ponderação teria por resultado a aniquilação do próprio princípio democrático da regulação da sociedade por meio da função legislativa. Nas palavras do autor:

*“Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentido com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo”.*¹⁹³

Em seguida, o autor, na linha da crítica que faz Jürgen Habermas à Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão¹⁹⁴, aponta o caráter subjetivista da técnica da ponderação, dizendo que sua adoção resulta na eliminação ou na severa redução do caráter heterolimitador do Direito. A técnica da ponderação de princípios, tal como defendida pela doutrina neoconstitucionalista¹⁹⁵, não forneceria critérios intersubjetivamente controláveis para sua execução. Em outras palavras, os pressupostos neoconstitucionalistas conduziram quase que a uma onipotência judicial e ao exercício da jurisdição como mero arbítrio¹⁹⁶.

Nada obstante todas as críticas que lhe possam se endereçadas, é inegável a influência da doutrina neoconstitucionalista no Brasil dos nossos dias. A partir de uma supervalorização da teoria dos princípios e da utilização da ponderação como técnica

¹⁹³ Idem, pg. 08.

¹⁹⁴ DA SILVA, Virgílio Afonso e MENDES, Conrado Hübner. *Habermas e a Jurisdição Constitucional*, in NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo, organizadores, *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura de Habermas*, Editora Malheiros, São Paulo – 2008, pg. 199/222.

¹⁹⁵ Isto porque o autor defende a utilização da técnica da ponderação em alguns casos bastante específicos e de com a estrita observância de determinados critérios. Op. cit., pg. 10 e 11.

¹⁹⁶ “Digo isso porque sob o pretexto da ponderação de princípios também tem havido mero exercício de arbítrio, de vontade de poder. Um ex-orientando meu, inclusive, citou um caso ilustrativo. Ao travar um diálogo com um amigo magistrado acerca da concessão ou não do direito de apelar em liberdade, o colega lhe explicou que quando-queria-soltar-ou-prender fazia sempre uma ponderação de princípios, elegendo aqueles em “conflito” (sic) e os sopesando (sic), de modo a dar maior peso ao que achava ser o mais adequado ao seu “pensar”, pois, segundo ele, o que importaria seria fazer “justiça”. Ah, a Justiça — esse significante tão vago a ponto de ter sido utilizado trinta e sete vezes por Hitler no seu *Mein Kampf*. Pois é para os “fazedores” de “justiça” que a ponderação serve”. Lênio Streck, *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*, artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico (www.conjur.com.br) no dia 13 de março de 2014.

preferencial de aplicação do direito, construiu-se o que autores como Luís Roberto Barroso e Cláudio Pereira de Souza Neto chamaram de “doutrina brasileira da efetividade”¹⁹⁷.

O ministro Luís Roberto Barroso tem diversos artigos em que, de alguma forma, explica e resume quais seriam as marcas do que chama “doutrina brasileira da efetividade”, nos quais se percebe claramente que esta doutrina nada mais é do que a aplicação dos pressupostos neoconstitucionalistas à realidade brasileira¹⁹⁸. Sua adoção tem indubitavelmente servido de embasamento ao ativismo e ao voluntarismo dos juízes brasileiros, no sentido de fazer valer as disposições constitucionais, quaisquer que sejam elas, a despeito da atuação dos demais poderes, sempre sob o pretexto de se estar colaborando para o avanço social¹⁹⁹.

2.3. O ativismo judicial no Brasil: a judicialização das questões distributivas

A presença de todas estas circunstâncias fáticas mencionadas nos tópicos anteriores, somada à difusão da doutrina neoconstitucionalista no Brasil, fizeram do nosso País um lugar extremamente favorável à referida expansão do Poder Judiciário e, pois, ao ativismo judicial.

Exemplos de decisões do Supremo Tribunal Federal consideradas ativistas temos alguns. Elival da Silva Ramos cita, entre outras, a jurisprudência do STF que, com base fundamentalmente no princípio da moralidade da administração pública, resultou na restrição à nomeação de parentes para cargos de confiança, com a edição da Súmula Vinculante n. 13²⁰⁰.

Outro exemplo citado por este autor se refere à construção jurisprudencial da perda do mandado por desfiliação partidária. No julgamento dos

¹⁹⁷ Luís Roberto Barroso. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*, in Cláudio Pereira e Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Lumen Iuris Editora, Rio de Janeiro – 2010, pg. 877.

¹⁹⁸ Ver, entre outros, Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O Começo da História: A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, in Virgílio Afonso da Silva, organizador, *Interpretação Constitucional*, Editora Malheiros, São Paulo – 2010, págs. 271 a 316.

¹⁹⁹ “A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem-se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social”. Idem, pg. 316.

²⁰⁰ Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, págs. 256/264.

mandados de segurança n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, o Supremo Tribunal Federal teria ratificado verdadeiro exercício de função legislativa por parte do Tribunal Superior do Trabalho, que através da Resolução 22.610/2007, criou efetivamente um novo instituto jurídico (a perda de mandato por desfiliação partidária) e de toda a sua disciplina. Ao fazê-lo, os Ministros do STF desconsideraram não apenas antiga jurisprudência daquela Corte, mas também o fato de a Assembleia Constituinte ter deliberado expressamente acerca do tema da filiação partidária, tendo decidido expressamente não prever o instituto, por se tratar, segundo entendeu-se à época, de verdadeiro “entulho autoritário”.²⁰¹ O voluntarismo do STF em matéria de direito eleitoral parece ter prosseguido, vez que, no dia 16 de setembro deste ano de 2015, ao julgar a ADI 4650, restou declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, sem que haja proibição constitucional expressa neste sentido.

Nada obstante, as decisões judiciais que talvez mais chamem a atenção nos nossos dias, em virtude dos possíveis prejuízos sociais, e que são o foco deste trabalho, se referem a questões relacionadas aos direitos sociais a prestações materiais, que são questões relacionadas à justiça distributiva²⁰². José Reinaldo de Lima Lopes diferencia os modelos de justiça “comutativa-retributiva” e “distributiva”²⁰³. O primeiro seria o modelo de justiça típico do estado liberal, baseado na lógica de “dar a cada um o que é seu” e na crença de que a existência de regras claras no que respeita principalmente à propriedade e aos contratos seria capaz de produzir, por si só, a justiça distributiva na sociedade²⁰⁴. Neste contexto, o papel do Judiciário se limitava à provisão de um serviço de resolução de pacífica e de conflitos individuais e a questão da justiça distributiva ficava totalmente delegada à política²⁰⁵.

A justiça distributiva, por sua vez, seria aquela relacionada à alocação ou apropriação individual dos bens comuns da sociedade: quanto da riqueza social comum e

²⁰¹ Idem, pg. 245/256.

²⁰² “*Os novos conflitos de natureza pública submetidos à justiça brasileira, são, como vistos, em grande parte conflitos de justiça distributiva nos termos definidos anteriormente, isto é, são conflitos que envolvem a alocação de recursos ainda não aplicados*”. Marcos Paulo Veríssimo, op. cit., pg. 193.

²⁰³ José Reinaldo de Lima Lopes, *Direitos Sociais: Teoria e Prática*, Editora Método, São Paulo – 2006, págs. 122/139.

²⁰⁴ Idem, pg. 123.

²⁰⁵ Idem, pg. 124.

dos bens públicos deve ser atribuído a cada qual dos cidadãos²⁰⁶? A partir do momento em que tais questões passaram a ser positivadas nas cartas constitucionais ou, mais especificamente, a partir do momento em que as Constituições passaram em alguma medida a prever direitos a prestações materiais, o Judiciário passou a ser convocado a sobre elas se pronunciar. O autor conclui a diferenciação afirmando que as grandes questões que tem chegado ao Judiciário brasileiro nos nossos dias são predominantemente relacionadas a este segundo tipo de justiça:

*“Os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva. Dizem respeito à participação dos pobres no fundo econômico comum (socialmente produzido, mesmo que por meio da propriedade privada. Dizem respeito à participação de todos no respeito devido a cada membro da humanidade (...).”*²⁰⁷

Os muitos exemplos jurisprudenciais do avanço do fenômeno da judicialização de direitos sociais a prestações materiais no Brasil são de todos conhecidos e seria desnecessário mencionar. Tais decisões, via de regra, acabam por se materializar na forma das chamadas “sentenças aditivas”, que são aquelas nas quais o Poder Público é instado a realizar um determinado dispêndio de recursos não previamente previsto em seu orçamento²⁰⁸.

Como se sabe, são atualmente inúmeras em nosso País as ordens judiciais, decorrentes de ações individuais, para que os Municípios brasileiros concedam, por exemplo, vagas em creches e em pré-escolas²⁰⁹. Em artigo publicado no dia 16 de setembro de 2014, o jornal Estado de São Paulo relatava que só nos nove primeiros meses de 2014, pelo menos 17.836 crianças haviam obtido ordens judiciais em ações individuais movidas contra o Município de São Paulo para a concessão de vagas em creches e pré-escolas públicas da capital, número 47,7% maior do que verificado em todo o ano de 2013

²⁰⁶ Idem, pg. 122.

²⁰⁷ Idem, pg. 128.

²⁰⁸ “Entende-se por “sentença aditiva” aquela que implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”. Fernando Facury Scaff, *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*, in Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, organizadores, *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, pg. 133.

²⁰⁹ Não estamos aqui a dizer que toda a decisão judicial que concede vagas em creches é necessariamente “ativista”. Como se verá mais adiante, ao contrário do que ocorre com outros direitos a prestações em sentido estrito, existe um fundamento explícito na Constituição para a concessão de vagas em creches a todas as crianças de até cinco anos de idade, qual seja, o art. 208, IV.

e 365% maior do que o verificado no ano de 2011²¹⁰. O mesmo artigo relata a posição dos administradores públicos da capital, no sentido de que tais decisões individuais simplesmente desconsideravam todo o planejamento realizado e mesmo a disponibilidade de recursos, criando uma “fila paralela” de atendimento e desrespeitando critérios estabelecidos pela Prefeitura de atendimento preferencial a crianças em maior situação de vulnerabilidade.

Existem também, embora em menor número, exemplos de ações coletivas tratando de direitos sociais a prestações materiais, em que se obteve tutela jurisdicional, por exemplo, para a construção de equipamentos públicos (abrigos para menores), para fornecimento de atendimento de saúde e educação especializado para determinado grupo ou para a adoção de política pública para menores em situação de vulnerabilidade. Com efeito, quando do julgamento do agravo de instrumento nº 0088629-82.2002.8.26.0000, no ano de 2003, a 4ª Câmara de Direito Público houve por bem manter liminar de 1ª instância que ordenava o Município de Guarulhos a construir abrigos para menores em prazo razoável²¹¹. A 3ª Câmara de Direito Público deste mesmo Tribunal, por sua vez, no julgamento da apelação nº 9199613-77.2002.8.26.0000, em junho de 2005, confirmou sentença proferida em ação civil pública ordenando o Estado de São Paulo a fornecer tratamento especializado a todos os autistas do estado.

Um exemplo de decisão em ação coletiva que impôs ao Estado a adoção de uma determinada política pública para a promoção de direitos sociais a prestações materiais é citada por António José Avelãs Nunes²¹². Trata-se da sentença proferida pelo juiz da 1ª Vara da Infância, no ano de 2006, na ação civil pública n. 2.293/04, que condenou o Município a cumprir integralmente um extenso programa que tinha como objetivo de retirar de condições de miséria crianças que moravam nas zonas lagunares de Maceió. O programa definido na sentença tinha 10 etapas, bem definidas, entre as quais: (i) a formação de uma equipe multidisciplinar para traçar o perfil sócio-econômico das crianças que residiam na orla lagunar, no prazo de 90 dias; (ii) a oferta de creche para todas as crianças da região com idade entre 0 e 6 anos; (iii) a apresentação, no prazo de 30 dias,

²¹⁰ Victor Vieira, *Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365%*, artigo publicado no jornal Estado de São Paulo em 16 de setembro de 2014, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747>.

²¹¹ Trata-se de exemplo citado por Marcos Paulo Verissimo, op. cit., pg. 161.

²¹² NUNES, António José Avelãs, e SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011, págs. 31/32 e 43/44.

de cronograma de ampliação de abrigos para as crianças da região; e (iv) a promoção de campanha permanente de conscientização acerca da proibição do trabalho de infantil, da proibição da prostituição infantil, dos malefícios decorrentes do uso de drogas, entre outras coisas.

Mas entre todas estas decisões judiciais referentes a direitos sociais a prestações materiais em nosso País, destacam-se, pelo seu volume e recorrência atual, de proporções inigualáveis no mundo²¹³, aquelas referentes ao direito à saúde, em que juízes ordenam que o Estado forneça determinados medicamentos ou arque com os custos de determinados tratamentos médicos.

Com efeito, existem hoje no Brasil centenas de milhares de processos deste tipo. De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, estão em curso no nosso País atualmente cerca de 393 mil processos relacionados ao direito à saúde²¹⁴, número este que tem crescido a cada ano há ano. Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo no último dia 07 de março²¹⁵, consta a informação de que, enquanto no ano de 2010 foram propostos, contra a União, 5.966 novos processos relacionados ao tema, no ano de 2014 foram propostas nada menos que 12.932 novas ações, um aumento de mais de 116% em cinco anos.

Situação semelhante se verifica no Estado de São Paulo. Segundo informação apresentadas pelo Secretário Estadual da Saúde, doutor David Uip, no dia 14 de maio de 2015 no II Fórum de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça²¹⁶,

²¹³ Significativa desta “adaptação” da judicialização do direito à saúde ao contexto brasileiro é a afirmação com que Antônio José Avelãs Nunes começa sua análise sobre as decisões dos tribunais brasileiros no que tange ao direito à saúde: “*Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido do tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento)*”. Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011, pg. 11.

²¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Relatório de demandas relacionadas à saúde nos tribunais – dados enviados até junho de 2014, disponível para consulta no seguinte sítio eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf>. O relatório em questão não deixa claro se este número compreende apenas processos que tenham como réus o Poder Público.

²¹⁵ Natália Cancian, *Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos*, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, edição do dia 07 de março de 2015, disponível para visualização no seguinte sítio eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1599582-acao-judicial-para-acesso-ao-sus-explode-em-cinco-anos.shtml>. O artigo não deixa claro se este número compreende apenas processos que tenham como réus o Poder Público.

²¹⁶ Dados disponíveis no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>, consultados no dia 20 de outubro de 2015.

baseada em dados do Sistema de Gerenciamento e Controle de Demandas Judiciais (S-CODES) da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, estavam em curso naquela data aproximadamente 43 mil ações que tinham por objeto o fornecimento de medicamentos, tratamentos e insumos de saúde contra o Estado, verificando-se igualmente um aumento no número de ações novas a cada ano, que saltou de 11.633 em 2011 para 14.383 em 2014 (aumento de quase 25% em quatro anos). Outros estados da federação enfrentam quadros parecidos²¹⁷, bem como diversos municípios.

Se o número de processos que têm por objeto a concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde contra o Poder Público só faz aumentar, verifica-se um aumento proporcionalmente ainda maior nos montantes de recursos gastos pelos entes públicos no cumprimento das decisões judiciais decorrentes, visto que tais ações²¹⁸, em sua imensa maioria, são julgadas totalmente procedentes e as prestações requeridas são, no mais das vezes, concedidas já mediante provimentos liminares, quaisquer que sejam os pedidos feitos. É a constatação feita, entre outros, por Fátima Vieira Henriques:

“Atualmente, qualquer demandante individual tem enormes chances de ver seu pedido de tratamento médico ou custeio de medicamento julgado procedente sem mais, ao argumento de que o direito à saúde – graças à sua estreita relação com o direito à vida e à preponderância axiológica prima facie que este ostenta – gozaria de precedência absoluta quando confrontado com quaisquer outros princípios constitucionais. Não raro, juízes determinam, às expensas da sociedade e em detrimento do direito à saúde do restante da comunidade, a realização de cirurgias e tratamentos no exterior, bem como a aquisição e fornecimento de remédios nacionais e estrangeiros sequer aprovados pelas autoridades sanitárias”²¹⁹.

De fato, multiplicam-se a cada dia em nossos Tribunais as decisões judiciais aditivas que concedem medicamentos ou tratamentos de saúde, inclusive

²¹⁷ Sobre a situação verificada em Minas Gerais, ver Flávio Jordão Hamacher, *A Judicialização do Direito à Saúde na Assistência Farmacêutica*, in DE ALMEIDA, Gregório Assagra, SOARES JÚNIOR, Jarbas e DE ASSIS, Gilmar, coordenadores, *Saúde: Ministério Público e Direitos Fundamentais*, Editora Del Rey, Belo Horizonte – 2013, pg. 22.

²¹⁸ Os números que embasam esta afirmação serão apresentados mais adiante.

²¹⁹ Fátima Vieira Henriques, *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 827.

mediante o sequestro de valores em contas públicas, como forma de tornar efetiva a decisão.²²⁰ Importante salientar este dado, pontuado por Fátima Vieira Henriques, entre outros: a jurisprudência majoritária é no sentido de que o direito à saúde previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição e os princípios da universalidade e integralidade no atendimento do Sistema Único de Saúde (previstos, respectivamente, no caput e no inciso II do art. 196 da CF) significam que os cidadãos devem receber do Estado o medicamento ou tratamento que pleitearem, qualquer que seja ele.

Esta é a constatação a que chega, por exemplo, Paula Sue Facundo de Siqueira, que exerce a função de Coordenadora das Demandas Estratégicas da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, em artigo que trata da judicialização da saúde neste Estado. Diz a autora que *“resulta do direito brasileiro o entendimento atual na maioria dos julgados, sobre a obrigatoriedade de o gestor público fornecer todo e qualquer tipo de insumo e serviço de saúde, de forma extraordinária e desregrada ao SUS”*²²¹. Diz ainda que, os juízes costumam admitir *“a indicação médica apresentada (pelos demandantes) sem maiores provas ou justificativas técnicas da escolha”*, desconsiderando, em regra, *“as políticas de saúde e alternativas terapêuticas ofertadas pelo SUS”*²²².

Na jurisprudência das Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo é possível, realmente, encontrar uma série de decisões que parecem amparar este entendimento. Em consulta realizada no sítio eletrônico deste Tribunal, no dia 01 de outubro de 2015, foram encontrados centenas de acórdãos, proferidos pelas Câmaras de Direito Público, em que se admitiu expressamente que não haveria ninguém melhor do que o médico particular que acompanha o paciente (autor da demanda) para dizer qual o medicamento necessário ao seu tratamento, pelo que os protocolos do SUS e os remédios

²²⁰ Apenas a título de exemplo: STJ, REsp 832.317/RS, 2ª Turma – Relator Ministro João Otávio de Noronha: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. (...) 3. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde.(...).

²²¹ Paula Sue Facundo de Siqueira, *Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo*, artigo que integra a publicação *Direito à Saúde – Para Entender Melhor a Gestão do SUS*, 1ª edição, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS, disponível para consulta integral no seguinte sítio eletrônico: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_29.pdf, pg. 03.

²²² Idem.

constantes das listas oficiais devem sucumbir ante uma prescrição particular em sentido contrário²²³.

Mais recentemente, este entendimento, no sentido de que o direito constitucional à saúde ampara o fornecimento de todo e qualquer medicamento, parece ter sido levado ao seu máximo extremo, em um caso que chama atenção por uma série de aspectos. Referimo-nos às diversas decisões judiciais proferidas no ano de 2015 que têm condenado o departamento de química da Universidade de São Paulo, na cidade de São Carlos, a fornecer a pacientes uma droga chamada fosfoetilonamina, que supostamente ajuda no combate ao câncer. Trata-se de droga que simplesmente jamais teve seus efeitos testados em seres humanos, e que por isso, de acordo com todos os protocolos médico-

²²³ A pesquisa em questão foi realizada na página de consulta de jurisprudência do sítio eletrônico do TJ/SP, mediante a colocação dos termos “médico”, “melhor” e “medicamento” no campo “ementa” e a seleção das Câmaras de Direito Público como órgãos julgadores. Como dito, há diversos precedentes que trazem este entendimento, ainda que com formulações frasais diversas. Apenas como exemplo, citamos os seguintes recentes precedentes, que tinham por objeto o fornecimento de um tipo de insulina não constante das listas oficiais.

Agravo de Instrumento n. 2070137-51.20158.26.0000, julgado pela 3ª Câmara de Direito Público no dia 04/08/2015, tendo como agravado o Município de Campinas, assim ementado:

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Fornecimento gratuito de medicamentos. Pedido liminar deduzido a esse propósito. Presença dos requisitos necessários ao deferimento almejado. Base principiológica da Constituição Federal. Promoção da saúde. Incumbência também afeita às municipalidades. Infringência à tripartição e independência dos poderes. Inocorrência, na medida em que fazer cumprir a lei constitui atribuição inerente ao judiciário, na espécie, apenas desempenhando seu próprio mister institucional. Vida e saúde que se encontram em patamar acima de questões burocráticas de índole orçamentária e procedimental. Devendo ser prestigiada a prescrição estabelecida pelo médico que assiste o paciente, visto ser este o profissional capaz de estabelecer-lhe a melhor e mais eficaz terapêutica, consoante seu quadro clínico individual, preservando-se o alcance e amplitude de preceitos constitucionais que demandam plena efetividade. Agravo provido (grifos nossos).

Apelação/Reexame Necessário n. 3029584-50.2013.8.26.0602, julgado pela 2ª Câmara de Direito Público no dia 16/12/2014, tendo como apelante o Estado de São Paulo, assim ementado:

Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamentos. Dever do Estado (arts. 5º, caput, 196 e 198 da CF e legislação reguladora do Sistema Único de Saúde – SUS). Receituários médicos que indicam medicamentos específicos. Possibilidade. Prescrição por médicos que acompanham o autor e que possuem capacidade técnica e melhores condições de aferir a eficácia dos medicamentos para o tratamento de seu paciente. Prescrição por médico particular. Irrelevância. Ausência de ofensa aos princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária. Comprovadas a carência de recursos econômicos do autor, a existência da doença e a necessidade dos medicamentos. Sentença de parcial procedência. Recurso voluntário da ré não provido. Recurso oficial provido em parte apenas para fixar limite máximo da multa diária (grifos nossos).

científicos, jamais poderia ser ministrada livremente a pacientes, visto não haver comprovação acerca de sua eficácia e de seus eventuais efeitos colaterais²²⁴.

Nada obstante, o ministro Luis Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, concedeu, no início do mês de outubro de 2015, liminar na Petição n. 5.828, suspendendo os efeitos de decisão proferida pela Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo em processo de suspensão de tutela antecipada e, assim, abriu a possibilidade de cumprimento de referidas decisões judiciais. Em virtude desta decisão, o presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Renato Nalini, reviu seu posicionamento e levantou a suspensão do cumprimento de liminares em diversos processos da mesma natureza. No caso em tela, como se vê, o judiciário brasileiro amparou não apenas uma suposta obrigação constitucional de o Estado fornecer medicamentos não previstos na listas oficiais ou medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (o que é expressamente vedado por lei – art. 19-T da Lei 8.080/90). A Justiça brasileira foi muito além disso, entendendo que o art. 196 da Constituição ampara inclusive pretensões de fornecimento de medicamentos experimentais, recém-descobertos ou inventados. Na opinião da jornalista Cláudia Collucci, publicada no Jornal Folha de São Paulo na edição do dia 15 de outubro de 2015, ao fazê-lo, o Judiciário brasileiro abriu espaço para o financiamento oficial do “charlatanismo na medicina”²²⁵.

Como se vê, por este caso mencionado acima, é importante notar que esta postura “intervencionista” do Judiciário no que se refere ao à saúde encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Apenas a título de exemplo, citamos entre várias as já não tão recentes decisões proferidas nos Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário 271.286-8/RS e 255.627-1/RS, em que o STF, no ano 2000, condenou o

²²⁴ Acerca do assunto, ver reportagem publicada no jornal Folha de São Paulo, no dia 15 de outubro de 2015, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/10/1694186-justica-libera-suposta-droga-contr-o-cancer-sem-testes-em-humanos.shtml>.

²²⁵ “Vamos então liberar tudo o que as pessoas relatam como substâncias capazes de curar o câncer? O cogumelo do sol? O bicarbonato de sódio? O suco de babosa? A folha de graviola? Vamos rasgar os manuais de ética em pesquisa, passar por cima de todas etapas que envolvem o desenvolvimento, a aprovação e a comercialização de um novo medicamento? Vamos fechar as agências regulatórias? Do ponto de vista jurídico, o caso tem uma contraposição de princípios fundamentais, como bem lembrou Nalini: de um lado está o resguardo da legalidade e da segurança dos remédios, do outro a necessidade de proteção do direito à saúde. Em relação à fosfoetanolamina, prevaleceu o direito de o paciente ter acesso a uma substância sem respaldo algum da medicina baseada em evidência. Abriu-se aí um perigoso precedente para o charlatanismo”. Cláudia Collucci, Decisão da Justiça abre precedente para charlatanismo na medicina, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo de 15 de outubro de 2015, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/10/1694191-decisao-da-justica-abre-precedente-para-charlatanismo-na-medicina.shtml>.

Município de Porto Alegre a fornecer medicamentos a portadores de HIV/AIDS destituídos de recursos financeiros.

Existem, porém, outras decisões que chamam ainda mais a atenção pela vultuosidade dos recursos públicos envolvidos. Apenas a título de exemplo, podemos citar precedente que é recorrentemente citado nas próprias decisões posteriores do STF e de outros Tribunais em casos semelhantes. Trata-se de despacho monocrático do Ministro Celso de Mello, então no exercício da Presidência da Corte, proferido em 31 de janeiro de 2007, na Petição 1.246-1, não concedendo a suspensão de liminar concedida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a qual ordenava que aquele estado disponibilizasse imediatamente a quantia de US\$ 63.000,00 (sessenta e três mil dólares) para que um menor pudesse se tratar de moléstia grave de que sofria (Distrofia Muscular de Duchene) em uma clínica norte-americana.

Foram naquela oportunidade as seguintes as palavras do eminente Ministro Celso de Mello: *“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76)²²⁶”*.

Comentando esta decisão, Fernando Facury Scaff afirma as palavras do Ministro Celso de Mello proferidas naquela oportunidade têm sido usadas recorrentemente na doutrina e na jurisprudência, como fundamento para atuação do Judiciário no fornecimento de medicamentos²²⁷.

²²⁶ Medida Cautelar na Pet. 1246/SC, disponível em www.stf.jus.br.

²²⁷ Fernando Facury Scaff comenta da seguinte forma mencionada decisão: *“Por certo esta proclamação in abstracto não possui valor de precedente jurisprudencial, nem de jurisprudência assente para o STF e os*

Como outro exemplo da atuação judicial no Brasil na área do direito à saúde, citamos decisão proferida, no ano de 2014, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que chama muito a atenção, seja pela gravidade da enfermidade de que trata, seja pelo montante dos custos envolvidos. Com efeito, de acordo com notícia veiculada no sítio eletrônico daquela corte no dia 16 de junho de 2014²²⁸, a 3ª Turma daquele tribunal houve por bem negar provimento a agravo de instrumento interposto pela União e, assim, manter decisão concessiva de tutela antecipada que determinava que a União procedesse à transferência e internação de uma criança de apenas cinco meses, portadora de uma doença rara, chamada Síndrome de Berdon, em um hospital de Miami, nos Estados Unidos, para a realização do procedimento cirúrgico de transplante multivisceral (estômago, bexiga e esôfago)²²⁹. Segundo informações divulgadas na imprensa à época, o Ministério da Saúde teve de disponibilizar cerca de dois milhões e quatrocentos mil reais para o cumprimento desta decisão²³⁰.

No editorial do jornal Folha de São Paulo, edição do dia 19 de junho de 2014, Octávio Ferraz e Daniel Wang comentaram esta decisão, expondo, em síntese, a sua opinião no sentido de que a judicialização do direito à saúde no Brasil tem criado duas portas de entrada no SUS. A primeira seria a porta do Judiciário, de acesso restrito, pela qual entrariam pessoas cuja a vida e a saúde não têm preço, já que os juízes, em regra, desconsideram os custos na adjudicação destes direitos. A outra porta a das vias normais do SUS, cujos entrantes enfrentariam a realidade de escassez de recursos, agravada ainda mais pelo direcionamento realizado pelo Judiciário para os ingressantes da primeira porta. Concluem dizendo que *“a vida não tem preço, mas a vida de uns tem menos preço do que a vida de outros”*²³¹.

demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro – mas não é desta forma que estes se comportam, pois a menção desta decisão por parte das diversas instâncias judiciais é rotineira, bem como pela Doutrina. Parece-me mais uma expressão do desejo de cumprir o papel de “paladino da justiça” como acima referi, sem nenhuma preocupação com a tecnicidade do Direito – o que não quer dizer nem legalismo, nem positivismo”. Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff, op. cit., pg. 119.

²²⁸ Disponível no seguinte sítio eletrônico: web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Noticia/Exibir/314436.

²²⁹ Trata-se de decisão proferida no agravo de instrumento n. 0008474-47.2014.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Márcio Moraes da 3ª Turma do TRF3.

²³⁰ <http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/08/24/governo-gasta-dez-vezes-mais-para-manter-bebe-sofia-no-hospital.htm>, notícia publicada no dia 24 de agosto de 2014.

²³¹ *“A judicialização da saúde no modelo brasileiro está criando um SUS de duas portas: uma para aqueles que vão ao Judiciário, para quem “a vida não tem preço” e conseguem assim acesso irrestrito aos recursos estatais para satisfazer suas necessidades em saúde; outra para o resto da população, que, inevitavelmente, tem acesso limitado, e mais limitado ainda pelo direcionamento de recursos que beneficia aqueles que entram pela outra porta.”* Octávio Ferraz e Daniel Wang, *As Duas Portas do SUS*, artigo publicado em 19

2.4. Os possíveis efeitos deletérios da judicialização excessiva dos direitos sociais a prestações materiais

Nada obstante este avanço na realidade brasileira, que pensamos ter demonstrado acima, o fenômeno da expansão do Poder Judiciário no que respeita aos direitos sociais a prestações materiais, que no passado costumava ser elogiado pela doutrina como importante instrumento de transformação da sociedade na direção da efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição²³², tem, nos últimos anos, recebido diversas críticas de diversos tipos de autores que tem percebido os possíveis feitos nocivos de sua utilização em excesso.

Marcos Paulo Veríssimo aponta que as críticas que têm sido levantadas contra o fenômeno em questão são de pelo menos três ordens, cada qual, como dito, ligada a uma espécie de possíveis consequências nefastas. São elas as críticas ligadas à legitimidade, as críticas ditas institucionais e as críticas ditas instrumentais²³³.

2.4.1. As “críticas de legitimidade”

As chamadas “críticas de legitimidade” são, grosso modo, aquelas segundo as quais, em virtude do princípio basilar da separação de poderes, cláusula pétrea de nossa Constituição, os órgãos judiciais simplesmente não teriam autorização constitucional para questionar as opções políticas do Estado, pois sua definição caberia, de acordo com a carta magna, aos Poderes democraticamente investidos, Executivo e, sobretudo, Legislativo²³⁴.

de junho de 2014 no Jornal Folha de São Paulo, disponível no sítio eletrônico: www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml.

²³² “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, comportando tutela judicial específica”. Luis Roberto Barroso. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 875.

²³³ Marcos Paulo Verissimo, op. cit., pg. 76 e ss.

²³⁴ Cláudio Pereira de Souza Neto dá a esta ordem de críticas o nome de “críticas principiológicas”, subdividindo-a em dois grupos: o grupo das críticas liberais, que se baseiam estritamente no princípio da separação de poderes, e o grupo das críticas democráticas. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais:*

Segundo esta linha de pensamento, o excesso de ativismo judicial, enquanto usurpação das funções dos demais poderes do Estado pelo Judiciário, resultaria em perigo para a própria democracia e, em última instância, ao próprio Estado de Direito, ao instaurar um governo de juízes em substituição ao governo do povo²³⁵. O professor português António José Avelã Nunes resume bem o argumento, ainda que de modo um tanto quanto alarmista:

*“Nas sociedades de classes, o estado é um estado de classe. E os tribunais fazem parte deste estado de classe. É perigoso admitir que os tribunais possam substituir o estado democrático, constituindo-se numa espécie de estado acima das classes, decidindo sobre as políticas públicas e fazendo justiça em todas as questões da vida. Todas as formas de estado tecnocrático carregam consigo, a meu ver, o perigo de, um dia, quererem acabar com a política, isto é, acabar com as classes e com a luta de classes. O mundo já conheceu uma experiência deste tipo. E creio que não queremos regressar a ela, nem a nada parecido com ela”*²³⁶.

Esta ordem de críticas, muito embora perfeitamente aplicável à judicialização dos direitos sociais a prestações materiais, não será foco de análise deste trabalho. Isto porque, os questionamentos que dela decorrem se aplicam em igual medida a todo o tipo de ativismo judicial. Em outras palavras, a questão da legitimidade democrática do Judiciário não se põe de modo específico no que respeita aos direitos sociais em comparação com os demais direitos previstos na Constituição, ao contrário do que ocorre com as chamadas críticas institucionais e instrumentais, que se apresentam de modo mais acentuado no que toca aos direitos a prestações em sentido estrito, como procuraremos demonstrar.

Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, págs. 519 a 522.

²³⁵ “A atuação judicial no campo social representaria a usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. O Judiciário deveria apenas aplicar as normas legais que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado. Não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas. (...) A concretização judiciária de direitos sociais seria antidemocrática por ser conduzida por agentes que não passaram pelo crivo do voto popular. Ao invés de autogoverno do povo, teríamos um governo de juízes.” Idem, págs. 520 e 522.

²³⁶ António José Avelãs Nunes e SCAFF, Fernando Facury Scaff, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre – 2011, pg. 72.

2.4.2. As “críticas institucionais”: o desperdício de recursos públicos, a desorganização administrativa e a questão da “reserva do possível”

De acordo com classificação de Marcos Paulo Verissimo, uma segunda ordem de críticas direcionadas ao fenômeno da expansão do Judiciário é chamada de crítica institucional²³⁷. Trata-se de linha de argumentação que procura considerar as consequências econômicas do ativismo judicial, sustentando basicamente, sua nocividade. Segundo a visão institucionalista, “relações econômicas duradouras”, sem as quais uma determinada economia poderia vir ao caos, “*dependem fundamentalmente de um sistema legal previsível, que garanta o cumprimento dos contratos, e também de um aparato judicial eficiente, que trabalhe em conjunto com o sistema de regras jurídicas para garantir a pronta efetivação dos direitos*”.²³⁸ O ativismo judicial, ao estimular a imprevisibilidade na aplicação do direito, seria fator de desestabilização institucional, pois criaria empecilhos ao desenvolvimento econômico e à racionalidade dos gastos públicos.

É fato que a crítica institucional e os possíveis efeitos nefastos que ela antevê podem se dirigir também ao ativismo judicial relativo a direitos ditos de primeira geração, como são os direitos obrigacionais, tanto que esta linha de argumentação pode ser observada em algumas decisões de nossos Tribunais, nas quais os eventuais problemas econômicos decorrentes da pretensão articulada foram levados em conta para seu indeferimento²³⁹. Mas é no que respeita aos direitos sociais a prestações materiais que as consequências econômicas do excesso de ativismo se põem de modo mais perigoso e dramático, justamente devido à dimensão dos custos envolvidos e à consequente necessidade de alocação racionalizada dos recursos disponíveis.

²³⁷ Importante pontuar que sob a categoria “críticas institucionais”, Cláudio Pereira de Souza Neto aglutina críticas que de acordo com a classificação de Marcos Paulo Verissimo seriam consideradas críticas instrumentais, mencionando as seguintes: crítica financeira, crítica econômica, crítica administrativa, crítica técnica e crítica relativa à desigualdade. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, págs. 525 a 534.

²³⁸ Marcos Paulo Verissimo, op. cit., pg. 81.

²³⁹ Como exemplo, STJ, AgRg na Suspensão de Liminar nº 57 – DF, julgado em 01.07.2004. Trata-se de decisão da relatoria do Ministro Edson Vidigal que, reconsiderando posição anteriormente adotada, houve por bem cassar liminar proferida que impedia que empresas ligadas à telefonia fixa implementassem reajustes tarifários então autorizados pela ANATEL. Assim fundamentou sua decisão o Ministro: “...em um primeiro e superficial exame, próprio desta fase procedimental, vejo caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que se instala, na medida em que a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos e despreza os vultuosos investimentos feitos, pode sim causar perplexidade nos investidores, afastando-os, caos no sistema tarifário, a par de expor o país aumentando o risco Brasil e prejudicando o usuário que se buscou proteger, lesando a ordem pública administrativa.”

Todos os direitos demandam custos. Trata-se de fato incontroverso, visto que a garantia de direitos de primeira geração, como a liberdade de expressão ou de reunião, demandam a existência de aparatos institucionais (forças públicas de segurança e órgãos judiciais, por exemplo), os quais, obviamente, custam dinheiro. Ocorre, todavia, que os direitos sociais a prestações materiais demandam custos ainda maiores, circunstância esta que por si só torna sobressalente a questão financeira envolvida na sua adjudicação²⁴⁰.

A crítica institucional/financeira pode ser resumida da seguinte forma: uma vez que a garantia de direitos sociais a prestações materiais demandam custos elevados e visto que os recursos estatais são, por definição, escassos, a realização destes direitos fica submetida a escolhas alocativas e, no limite, à existência de recursos. Neste contexto, o Judiciário parece carecer de condições de tomar decisões eficientes e, na medida em que enxerga os direitos sociais como direitos individuais, de acordo com as limitações próprias dos processos judiciais normais, faz com que o Estado gaste cada vez mais e de modo menos racional seus recursos com direitos sociais, gerando desperdício.

Thiago dos Santos Acca, em sua tese de doutorado acerca dos Direitos Sociais²⁴¹, traz uma série de dados e testemunhos acerca destes efeitos deletérios, entre eles a informação de que os gastos do SUS – Sistema Único de Saúde com medicamentos no cumprimento de ordens judiciais saltaram de R\$ 170 mil, no ano de 2003, para mais de R\$ 132 milhões em 2010, e continuaram aumentando exponencialmente, atingindo a casa de R\$ 339 milhões no ano de 2012. Estes números alarmantes levaram o então ministro da saúde Alexandre Padilha a reconhecer, em junho de 2011, que *“do ponto de vista coletivo, a incorporação tecnológica, quando feita por meio de demanda judicial, significa*

²⁴⁰ “Assim, ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança”. Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 593.

²⁴¹ Thiago dos Santos Acca, *Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2013.

*necessariamente a desorganização do processo de planejamento e orçamento da gestão municipal e estadual*²⁴².

Em artigo que trata da judicialização da saúde no Estado de São Paulo, Paula Sue Facundo de Siqueira, que exerce a função de Coordenadora das Demandas Estratégicas da Secretaria de Estado da Saúde, fornece uma série de dados que reforçam o argumento de que a judicialização excessiva, no que respeita ao direito à saúde, tem conduzido ao desperdício de recursos públicos e ao rompimento total da lógica administrativa implementada²⁴³.

Esta autora informa, com base em sistema de informações desenvolvido e implantado pela Secretaria de Estado da Saúde (S-CODES: Sistema de Coordenação de Demandas Estratégicas do SUS), por exemplo, que cerca de 93% dos medicamentos requeridos judicialmente em face do Estado de São Paulo são extraordinários às listas do SUS²⁴⁴, ou seja, não estão abrangidos previamente na política pública oficial de atendimento à saúde formulada pelos órgãos públicos competentes, nos termos do que determina a Lei do SUS (Lei Federal 8.080/90)²⁴⁵. A determinação de seu fornecimento, na grande maioria das vezes, se dá a despeito da eventual existência de medicamentos similares nas listas oficiais, já que os juízes, como dito, costumam valorizar as opções terapêuticas indicadas pelos médicos dos autores²⁴⁶, em detrimento das alternativas escolhidas pelo SUS²⁴⁷.

Outro dado importante é aquele segundo o qual cerca de 30% das ordens judiciais acima referidas determinam o fornecimento de uma marca específica de medicamento, desconsiderando os princípios ativos dos mesmos e a existência de similares genéricos, além da vedação contida no art. 15, §7º, inciso I da Lei 8.666/1993²⁴⁸. Esta

²⁴² Idem, op. cit., pg. 03/04.

²⁴³ Paula Sue Facundo de Siqueira, *Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo*, artigo que integra a publicação *Direito à Saúde – Para Entender Melhor a Gestão do SUS*, 1ª edição, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS, disponível para consulta integral no seguinte sítio eletrônico: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_29.pdf.

²⁴⁴ Idem, pg. 08.

²⁴⁵ Conforme afirmamos na introdução do presente trabalho, entendemos que nestes casos os juízes estão a realizar efetivo controle de constitucionalidade difuso de omissões.

²⁴⁶ Interessante neste ponto o dado, também fornecido por Paula Sue, no sentido de que 69% das prescrições contidas nas ações judiciais relativas a medicamentos em face do Estado de São Paulo são da lavra de médicos particulares, não vinculados às redes públicas de saúde. Idem, pg. 07.

²⁴⁷ Idem, pg. 03.

²⁴⁸ Lei 8.666/93, art. 15, §7º. *Nas compras deverão ser observadas ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca (...).*

circunstância conduz a um cenário em que o Poder Público se vê compelido a fornecer diversos medicamentos diferentes de um único princípio ativo, em óbvio desperdício de recursos públicos. Segundo informações apresentadas pelo Secretário Estadual da Saúde, doutor David Uip, no dia 14 de maio de 2015 no II Fórum de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça, naquela data o Estado de São Paulo fornecia, em decorrência de ordens judiciais nada mais nada menos do que 24 tipos diferentes de ácido acetilsalicílico (o popular “AS”), com variações na marca, miligramagem e forma de absorção pelo corpo humano, tipos estes que poderiam perfeitamente, como regra, ser substituídos pelo tipo já disponível na rede pública de saúde, a um custo bem inferior²⁴⁹ ²⁵⁰.

Além disso, ainda segundo a autora, a desconsideração dos protocolos oficiais pelos juízes e a recorrente indicação de marcas de medicamentos criou um cenário em que 50% do estoque de medicamentos comprados e destinados ao cumprimento de

²⁴⁹ A tabela a seguir, disponível no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>), conforme consulta realizada em 20 de outubro de 2015, demonstra o quanto afirmado:

**Análise Comparativa dos Custos para Atendimento das
Ações Judiciais do Medicamento Ácido Acetilsalicílico: Genérico X Marcas**

Nº	Ácido Acetilsalicílico	Apresentação	Ações Judiciais	Quantidade	Valor Total
1	100 Mg / AAS	Comprimido	86	4.590	871,56
2	100 Mg / Aspirina Prevent	Comprimido	3	120	34,50
3	100 Mg / Sem Marca	Comprimido	933	36.158	2.543,06
4	100 Mg / Aas Protect	Comprimido De Liberação Lenta	6	180	59,85
5	100 Mg / Sem Marca	Comprimido De Liberação Lenta	380	13.553	5.560,68
6	100 Mg / Somalgim	Comprimido De Liberação Lenta	19	670	265,17
7	100 Mg / Somalgim Cardio	Comprimido De Liberação Lenta	2	62	27,03
8	100 Mg / Aspirina Prevent	Comprimido Revestido	89	3.090	1.032,99
9	100 Mg / Sem Marca	Comprimido Revestido	58	1.892	820,22
10	162 Mg / Sem Marca	Comprimido De Liberação Lenta	2	64	28,26
11	200 Mg / Sem Marca	Comprimido De Liberação Lenta	17	594	284,40
12	300 Mg / Aspirina Prevent	Comprimido Revestido	1	30	27,27
13	300 Mg / Sem Marca	Comprimido Revestido	6	182	175,17
14	325 Mg / Sem Marca	Comprimido Revestido	20	612	296,96
15	325 Mg / Somalgim Cardio	Comprimido Revestido	2	60	47,40
16	500 Mg / Sem Marca	Comprimido Revestido	2	90	9,90
17	81 Mg / Buferin	Comprimido De Liberação Lenta	9	334	117,72
18	81 Mg / Sem Marca	Comprimido De Liberação Lenta	80	2.726	677,69
19	81 Mg / Ecasil-81	Comprimido Revestido	2	60	11,28
20	81 Mg / Sem Marca	Comprimido Revestido	3	90	21,51
21	85 Mg / Cardio AAS	Comprimido De Liberação Lenta	1	30	9,90
22	85 Mg / Sem Marca	Comprimido De Liberação Lenta	4	120	48,00
Total			1.725	-	12.970,52

Fonte: Sistema S-Codes 31/12/2014

²⁵⁰ “O Tesouro do Estado muitas vezes é obrigado a custear medicamentos de um mesmo princípio ativo, conforme marca comercial determinada pelo juízo, agravando o fato de que muitos destes medicamentos, são ofertados rotineiramente pelo SUS obedecendo às regras de custeio entre os entes, à exemplo do ácido acetil-salicílico, que pertence ao Componente Básico da Assistência Farmacêutica, de competência Municipal, e que por força judicial, é adquirido em 24 marcas comerciais e formas de apresentação diferentes”. Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 09.

ordens judiciais se destinam ao atendimento de pacientes únicos²⁵¹, o que obviamente gera desperdício de recursos, ao eliminar a possibilidade de obtenção de economias de escala na compra de medicamentos. Ademais, a imposição judicial para que o Poder Público adquira medicamentos alheios a qualquer padronização ou possibilidade de coletivização, para serem usufruídos por um único paciente, tem o efeito de multiplicar sobremaneira os processos administrativos para a aquisição destes bens, demandando recursos materiais e humanos dos órgãos públicos responsáveis, o que obviamente também gera custos extras, ainda que de difícil mensuração²⁵².

Importante destacar que, a agravar os mencionados custos extras decorrentes desta atividade administrativa excepcional, está o fato de que os processos administrativos destinados a aquisição de medicamentos judicializados tendem a ser muito mais complexos do que os processos referentes a medicamentos padronizados, haja vista sua menor disponibilidade no mercado, sobretudo nos casos em que a Justiça condena o Poder Público a fornecer medicamentos importados e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o que acontece recorrentemente, a despeito de expressa vedação legal (art.19-T da Lei Federal n. 8.080/1990).²⁵³

Todas estas circunstâncias somadas (entre algumas outras²⁵⁴) fizeram com que, no ano de 2013 no Estado de São Paulo, os pacientes atendido pelo sistema via

²⁵¹ Idem.

²⁵² “Merece destaque, a enorme atuação dos servidores públicos que se vêm obrigados a diligenciar o fiel cumprimento da ordem judicial em exíguos prazos, providenciando compras, contratos, serviços, não antes planejados pelo gestor de saúde, manejando orçamento e ordens não antes previstos. No Estado de São Paulo, cerca de 7% dos recursos humanos de cada Coordenadoria Regional de Saúde estão direta e exclusivamente envolvidos no trato da judicialização, ampliando este percentual em mais de 8%, considerando aqueles que estão indiretamente envolvidos no cumprimento da demanda (por exemplo, consultores técnicos, pregoeiros, equipe que opera orçamento e finanças), desviando assim, uma importante parcela de colaboradores que originariamente estariam a cumprir políticas públicas de saúde. Observa-se um grande contingente de servidores destinados a realizar compras de medicamentos para cumprimento de ordens judiciais”. Idem, pg. 11.

²⁵³ “Em 2013, o índice médio de insucesso na aquisição de produtos judicializados alcançou 26% das compras realizadas, em razão da especificidade do item e/ou seu baixo consumo. Em decorrência, não se efetivaram os processos legais de aquisição que regem a administração pública – por falta de interesse comercial (...). Não basta a parte autora alegar a disponibilidade do objeto deferido judicialmente na “farmácia ao lado ou ainda na internet”. Devem ser observados os dispositivos legais para as compras públicas”. Idem.

²⁵⁴ Apenas a título de curiosidade, a agravar o desperdício de recursos públicos decorrente da judicialização individualizada do direito à saúde está o grande volume de medicamentos obtidos judicialmente que simplesmente não são retirados pelos autores, que não se dão ao trabalho de comunicar o Poder Público acerca da eventual cessação de seu tratamento, o que ocasiona a perda de medicamentos. Paula Sue Facundo de Siqueira explica: “Paradoxal e surpreendentemente observa-se que o produto judicializado, adquirido e disponibilizado para atendimento das determinações judiciais, muitas vezes é perdido em razão da não retirada pelo autor. Em 2013, uma média de retirada regular de somente 65% dos medicamentos disponíveis

decisão judicial custassem para os cofres públicos em média 75 vezes mais do que os paciente atendidos pelas vias ordinárias. Com efeito, ainda de acordo com Paula Sue Facundo de Siqueira, o Estado de São Paulo gastou, para o atendimento de 7,2 milhões de pessoas no âmbito do programa oficial de dispensação de medicamentos, cerca de um bilhão de reais, perfazendo uma média de R\$ 138,00 (cento e trinta e oito reais) por paciente. No mesmo período, o Estado de São Paulo gastou cerca de 400 milhões de reais na compra de medicamentos para menos de 40 mil pacientes, que obtiveram o acesso a tais bens por força de decisões judiciais, o que perfaz uma média de custo por paciente de R\$ 10.368,00 (dez mil trezentos e sessenta e oito reais)²⁵⁵.

Traduzindo em outros termos, o que estes dados demonstram é que, no ano de 2013, cerca de 30% de todos os recursos públicos estaduais com a compra de medicamentos tiveram sua alocação determinada pelo Poder Judiciário, mediante decisões em ações individuais, em sua imensa maioria, percentual este que tem crescido a cada ano. Isto demonstra indubitavelmente uma de duas alternativas: ou há algo de muito equivocado em termos estruturais em toda a política de saúde praticada no Brasil (mais especificamente na política de dispensação de medicamentos) ou o ativismo judicial referente ao direito à saúde tem extrapolado todos os limites do razoável e precisa ser contido (autocontido).

Longe de entender que o Sistema Único de Saúde não precisa de mudanças, este trabalho se filia à segunda alternativa mencionada. Ora, em um contexto em que quase 30% do orçamento público gasto com a compra de medicamentos é gasto nos termos definidos pelo Judiciário em milhares de ações individuais, que simplesmente desconsideram quaisquer decisões alocativas tomadas a partir da verificação da necessidade de atendimento universalizado e a estipulação de critérios e parâmetros necessários para tanto, não há em hipótese, em um mundo em que a tecnologia avança a cada dia e em um Estado que conta com recursos financeiros finitos, planejamento administrativo eficiente que possa subsistir.²⁵⁶ Deste modo, em se confirmando a tendência

em estoque. Causa estranheza o produto judicializado ser posteriormente descartado. Raramente a SES/SP é comunicada na ocasião da suspensão do tratamento ou óbito. Desta feita, foi necessária instituir uma rotina de monitoramento continuado das demandas, cancelamento das compras e disponibilização do estoque, com a devida comunicação no processo judicial, evitando uma perda de aproximadamente 2,5 milhões de reais no ano de 2013". Op. cit., pg. 13.

²⁵⁵ Idem, pg. 12.

²⁵⁶ "Nenhum sistema de saúde público sem organização, parâmetros, critérios epidemiológicos, protocolos de conduta, regulamentos técnicos, critérios de incorporação de tecnologia e limites de gastos dará conta de

de expansão da judicialização da saúde que tem sido observada nos últimos anos, nos aproximaremos a cada dia da situação-limite antevista por Ana Paula de Barcellos, segundo quem, se toda e qualquer prestação de saúde pode ser obtida através do Judiciário, “*cria-se um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais*”²⁵⁷.

A crítica financeira ao excesso de judicialização em direitos sociais a prestações materiais sempre traz à tona a questão da chamada “reserva do possível”²⁵⁸, visto que, no que respeita a estes direitos, a sua mera previsão, seja em normas constitucionais, seja em normas infraconstitucionais, não garantirá sua efetividade em um contexto de inexistência de recursos disponíveis²⁵⁹.

Como já dissemos anteriormente, ao que parece, os juízes brasileiros costumam entender reserva do possível como possibilidade fática de realização do pedido no caso concreto, de modo que toda a prestação requerida com a qual o Estado tenha condições de arcar seria “possível” e, portanto, passível de procedência²⁶⁰. Exemplifica-se: se um determinado cidadão ingressa com uma ação no Poder Judiciário, com base no direito social à moradia, previsto no caput do art. 6º da CF, requerendo que o Estado lhe construa uma casa no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), não há como não se considerar esta prestação possível ao Estado, de acordo com esta concepção do que seja a “reserva do possível”, haja vista que, por mais elevado que seja seu custo, trata-se de

atender a demanda em saúde criada na sociedade, cada dia mais sofisticada, especializada e com diversificadas alternativas terapêuticas. O administrador público da saúde deve fazer a melhor escolha com os recursos disponíveis, visando a segurança, eficácia e eficiência no tratamento da coletividade”. Idem, pg. 09.

²⁵⁷ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2011, pg. 322.

²⁵⁸ Acerca da associação intuitiva existente entre a crítica financeira e o conceito de “reserva do possível”, ver Cláudio Pereira de Souza Neto, op. cit., pg. 525 e ss.

²⁵⁹ “O STF já afirmou que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Mas se não há condições materiais concretas, a decisão judicial está condenada à inefetividade. O problema não é de legitimação. (...) O problema é de executoriedade”. Idem, pg. 526.

²⁶⁰ José Reinaldo de Lima Lopes, *Em torno da Reserva do Possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, págs. 155/173.

dispêndio absolutamente irrelevante se comparado à totalidade do orçamento público de quase qualquer ente público do País²⁶¹.

Trata-se, entretanto, de uso absolutamente equivocado do conceito de reserva do possível, à vista do seu significado quando de seu surgimento na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão²⁶², onde a ideia de reserva do possível sempre significou aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado²⁶³. Tendo isto em mente, José Reinaldo de Lima Lopes defende a adoção de um conceito econômico de reserva do possível, de acordo com o qual uma determinada prestação social requerida deveria encontrar limite na inexistência de recursos não alocados ou alocados de modo irrazoável.²⁶⁴

No mesmo sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que a questão da reserva do possível e, logo, da verificação da insuficiência de recursos não deve considerar somente o caso concreto, mas antes a totalidade de casos semelhantes²⁶⁵. Voltando ao exemplo da ação para a construção de uma casa, a pretensão manejada pelo cidadão em face do Estado estaria sob a reserva do possível, porque ainda que o Estado tenha condições financeiras de construir uma única casa, faltar-lhe-iam obviamente recursos para construir casas semelhantes para todos os cidadãos no mesmo estado de

²⁶¹ O exemplo é de Cláudio Pereira de Souza Neto, exceto pelos valores. Op. cit., pg. 527.

²⁶² É o que demonstra de modo claro Andreas J. Krell, em capítulo intitulado “A falácia da reserva do possível: fruto de um direito constitucional comparado equivocado”, in *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre – 2002, págs. 51 a 56.

²⁶³ “É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma “reserva do possível”, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma. Para além disso, colhe-se o ensejo de referir decisão da Corte Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 287.

²⁶⁴ Trata-se de conceitos trazidos de forma brilhante por José Reinaldo de Lima Lopes, em artigo chamado *Em torno da Reserva do Possível*, in *Ingo Em torno da Reserva do Possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, págs. 155/173.

²⁶⁵ “A verificação da insuficiência dos recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade dos casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exequível se a providência fosse universalizada. O governo não tem recursos para construir casas para todos os cidadãos brasileiros que não possuem moradia adequada, apesar de o custo de uma casa ser insignificante se comparado ao orçamento público”. Cláudio Pereira de Souza Neto, op. cit., pg. 527.

necessidade. Ana Paula de Barcellos aplica exatamente o mesmo raciocínio às prestações relativas ao direito à saúde²⁶⁶.

2.4.3. As “críticas instrumentais”: a discricionariedade técnica e a necessidade de racionalidade alocativa para a promoção da igualdade social

A terceira e última ordem de críticas ao ativismo judicial, e talvez a que mais diretamente se direcione à judicialização de direitos sociais a prestações materiais, é chamada por Marcos Paulo Verissimo de crítica instrumental. Trata-se da linha de crítica que levanta dúvidas sobre a própria capacidade dos órgãos judiciais de proferir decisões socialmente úteis em matéria de políticas públicas.

O raciocínio advém de questionamento que talvez possa ser formulado da seguinte maneira: a despeito de quaisquer considerações de ordem econômica, que poderiam em tese ser acusadas de precificar aquilo que não pode ser precificado (a dignidade da pessoa humana), será que o Judiciário com sua atual postura ativista em matéria de direitos sociais a prestações materiais tem colaborado para a promoção da dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, tal como preconizam os art. 1º, III e 3º, I da Constituição Federal? As chamadas críticas institucionais sustentarão basicamente a inadequação do Poder Judiciário para a tarefa, à vista dos instrumentos de que dispõe²⁶⁷.

Cláudio Pereira de Souza Neto classifica o que neste trabalho estamos chamando de críticas instrumentais em pelo menos duas espécies: as chamadas críticas

²⁶⁶ “E ainda há o problema evidente dos custos: os tratamentos de saúde sofisticam-se cada vez mais e, por natural, tornam-se mais caros. Ora, a prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo, deveria ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação. E é difícil imaginar que a sociedade brasileira seja capaz de custear (ou deseje fazê-lo) toda e qualquer prestação de saúde disponível no mercado para todos os seus membros”. Ana Paula de Barcellos, op. cit., pg. 323.

²⁶⁷ “Serão os tribunais a sede própria para se avaliar da eficácia ou adequação da política de saúde? Terão os tribunais capacidade técnica para fazer esta avaliação? (...) É claro que os Protocolos Clínicos e as Diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, como afirma o Alto Tribunal (nada nem ninguém é inquestionável!). Mas daí a concluir – como faz o STF – que, por esta razão, é possível a sua contestação judicial vai uma grande distância, que eu não consigo percorrer”. Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff, op. cit., pg. 50.

técnicas e as chamadas críticas da desigualdade quanto ao acesso à Justiça²⁶⁸, que talvez possam ser chamadas críticas distributivas.

De acordo com a primeira, o ativismo judicial relativo a direitos sociais a prestações materiais seria incapaz de ser socialmente útil, devido à grande tecnicidade necessária à implementação destes direitos. Juízes, enquanto especialistas em direito, não teriam conhecimento técnico para dizer qual a prestação mais adequada a cada caso concreto de acordo com todas as variáveis individuais e coletivas, não tendo, por exemplo, como definir de modo eficiente qual medicamento um determinado paciente teria de tomar para o tratamento de sua doença ou estipular contornos de políticas públicas de fomento à construção de casas populares, entre outras coisas. Os demais Poderes, por sua vez - sobretudo, o Poder Executivo neste caso -, contariam sempre com maior abundância de técnicos e demais recursos institucionais para a tomada de decisões deste tipo, de modo que suas escolhas tenderiam a ser, como regra, socialmente mais benéficas²⁶⁹.

É fato que Cláudio Pereira de Souza Neto basicamente cita a crítica técnica para refutá-la, sob os argumentos de que o desconhecimento técnico dos juízes acerca das matérias tratada nos processos judiciais é recorrente e não exclusivo dos direitos sociais, havendo inclusive instrumentos processuais para sua superação (como o recurso a perícias, etc.), e de que o nível de complexidade envolvido na adjudicação de direitos sociais nem sempre é elevado²⁷⁰. As objeções em tela, muito embora pertinentes, não são, em nossa opinião, totalmente acertadas, pois, muito embora seja verdade que a ocorrência de questões de ordem técnica alheias ao direito seja comum em processos judiciais, é verdade também que estas questões ganham uma dimensão ainda mais complexa em se tratando do controle de constitucionalidade de omissões estatais, que é a forma pela qual se dá a adjudicação de direitos sociais a prestações materiais como regra.

²⁶⁸ Cláudio Pereira de Souza Neto, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, págs. 529/531 e 533/534.

²⁶⁹ “É frequente o argumento de que o Judiciário não tem o conhecimento técnico imprescindível para verificar, no campo das políticas públicas, qual é a providência adequada. O Judiciário não estaria capacitado, por exemplo, para saber se determinado medicamento é efetivamente necessário. O Executivo, por outro lado, detém as capacidades institucionais para tomar decisões informadas neste campo. Tais decisões demandam uma deliberação cuja complexidade não seria abarcável em um processo judicial, do qual participam apenas as partes formalmente legitimadas. O problema não se repetiria nos demais ramos do Estado, que são capazes de dialogar com um espectro mais amplo da sociedade e de considerar informações mais complexas e variadas”. Idem, pg. 530.

²⁷⁰ Idem.

Robert Alexy chama-nos a atenção para esta complexidade que advém do controle das omissões em comparação ao controle das ações, demonstrando que, enquanto os direitos de defesa impõem a abstenção de toda e qualquer ação que viole o direito protegido, o dever de agir do Estado decorrente dos direitos a prestações pode se dar como regra de diversas maneiras (há um leque de opções) e a escolha da maneira adequada de agir no caso concreto depende de juízos técnicos, abrangidos na discricionariedade do administrador/legislador²⁷¹.

No mesmo sentido, é o pensamento de Elival da Silva Ramos, tratando especificamente do ativismo judicial em matéria de direito à saúde e baseando-se na doutrina que distingue a discricionariedade administrativa própria, que é aquela conferida expressamente pela lei, e a imprópria, que é aquela que decorre implicitamente de seus termos.

“Não sendo a Medicina ciência exata, para uma mesma enfermidade admitem-se, via de regra, diversos procedimentos curativos ou a prescrição de mais de um tipo de medicamento, sem que se possa afirmar, sob o ângulo científico, a prevalência de uma dessas estratégias de enfrentamento da doença. Por conseguinte, quando o Judiciário, ignorando protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas ou relações de medicamentos elaboradas pelos gestores do SUS, impõe, fundado em critérios próprios, a realização de determinado procedimento clínico ou cirúrgico ou o fornecimento de medicamento alternativo, desrespeita o poder discricionário da Administração. Cuida-se, a bem de ver, de

²⁷¹ “Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental, diferença teórico-estrutural. Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. Se é proibido destruir ou afetar negativamente algo, então, toda e qualquer ação que represente ou produza a destruição ou afetação negativa é proibida. De outro lado, se é obrigatório proteger ou fomentar algo, nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. Assim é que a proibição de matar implica, ao menos *prima facie*, a proibição de qualquer ação de matar; já a obrigação de salvar não implicará toda e qualquer ação de salvar. Se é possível salvar alguém que está se afogando seja nadando até ele, seja atirando uma bóia, seja com o auxílio de um barco, de nenhuma forma será as três ações simultaneamente obrigatórias. Ao contrário, obrigatória é ou a primeira, ou a segunda ou a terceira ação. Mas isso significa que, se não houver motivos restritivos adicionais, o destinatário do dever de salvar tem uma discricionariedade, no interior da qual ele pode escolher como pretende realizar seu dever. E o termo “discricionariedade” é o termo decisivo no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos a ações positivas”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, pg. 461/462.

*discricionarieidade administrativa no sentido próprio, pois há um cardápio de opções disponíveis ao administrador para se atingir a finalidade da norma de direito sanitário”.*²⁷²

Além disso, o argumento de que existem níveis de complexidade técnica diferentes entre os vários direitos a prestações materiais, muito embora correto, não nos parece poder ser usado para que a adjudicação destes direitos seja equiparada à das demais espécies de direitos, mesmo porque alguns daqueles estão por sua natureza entre os que mais envolvem aspectos técnico-científicos. É o caso do direito à saúde, que não por acaso é o que tem gerado as maiores questões na realidade brasileira.

Há de se ter mente ainda que as decisões técnicas relativas aos direitos sociais têm necessariamente uma dupla dimensão: individual e coletiva. Se os recursos são escassos e as necessidades múltiplas, a melhor opção técnica não pode ser aquela que atenda uma única demanda individualmente considerada, mas antes aquela que atenda o maior número de demandas (ou todas elas) de acordo com um nível de mínimo de eficiência.

Os instrumentos disponíveis ao juiz para a superação de questões de ordem técnica, sobretudo no âmbito de ações individuais, ainda que existentes, costumam ser bastante limitados à vista dos desafios, não sendo, na maior parte das vezes, suficientes. As ações individuais, por sua própria natureza, limitam necessariamente a visão do juiz, impossibilitando a apreciação do viés coletivo, imprescindível à tomada de decisões alocativas eficientes. Prova do que ora se afirma nos parece ser a constatação feita por Paula Sue no sentido de que o índice de julgamento de procedência de ações coletivas que tem como objeto políticas públicas de saúde em face do Estado de São Paulo é muito menor do que o verificável em ações individuais (ações ordinárias e mandados de segurança)²⁷³.

Nas ações coletivas, devido ao fato de terem as mesmas efeitos que extrapolam as partes processuais, os juízes são chamados a sopesar as consequências coletivas de suas decisões, o que por si só gera autocontenção. Esta também é uma das

²⁷² Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionarieidade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, págs. 496.

²⁷³ Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 06.

razões pelas quais a grande maioria dos autores que tratam do sustentam a melhor adequação a total conveniência do uso das ações coletivas para a adjudicação dos direitos sociais²⁷⁴ e alguns chegam ao limite de defender a impossibilidade do controle de constitucionalidade destes direitos em ações individuais, devido a sua natureza claramente coletiva e sua titularidade difusa²⁷⁵.

Outro exemplo que, no nosso entender, demonstra bem ao mesmo tempo a inadequação do Judiciário para apreciação de questões técnicas de ordem individual e coletiva é a questão dos pedidos judiciais de fornecimento de insulina e instrumentos para sua ministração. Nos termos das informações apresentadas pelo Secretário Estadual da Saúde, doutor David Uip, no dia 14 de maio de 2015 no II Fórum de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça²⁷⁶, cerca de 25% das ações com pedido de medicamentos em face do Estado de São Paulo (cerca de 9.242) foram propostas por autores portadores de algum tipo de diabetes (a maioria Diabetes mellitus insulino-dependente – E10), visando o fornecimento de diversos tipos de insulinas, não constantes das listas oficiais do SUS (e por isso chamadas de insulinas análogas – ex: insulina lispro, glargina e asparte). Por esta razão, estes medicamentos ocupam os cinco primeiros e 11 dos 20 primeiros lugares no

²⁷⁴ Neste sentido, Luciano Benetti Timm: *“Ademais, a análise econômica do Direito, além de recomendar que as políticas públicas governamentais tendem a ser mais eficientes do que aquelas concedidas casuisticamente pelo Poder Judiciário, ela também aponta para o caminho das ações coletivas, se eventualmente o objetivo for a garantia de direitos sociais via atuação da magistratura em situações excepcionais de correção do processo democrático (e não como regra, bien entendu). Isso porque esta é a ação apropriada para a defesa de direitos coletivos e transindividuais, como devem prioritariamente ser entendidos os direitos sociais (...)”*. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, pg. 61.

²⁷⁵ Por todos, Thiago dos Santos Acca, *Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP, em 2013, pg. 100: *“Pelo fato de os direitos sociais garantirem bens públicos, sua titularidade pertence à sociedade, pois uma ação de cunho individual tem por base o autointeresse e um raciocínio, e não poderia ser diferente, parcial e, portanto, não coletivo. Uma ação coletiva proposta pelo Ministério Público seria juridicamente adequada dentro dessa lógica na medida em que, pelo sistema constitucional brasileiro, ele é o órgão incumbido de representar interesses de toda a coletividade”*.

²⁷⁶ Dados disponíveis no seguinte sítio eletrônico, conforme consulta realizada em 20 de outubro de 2015: (<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>).

ranking de medicamentos mais fornecidos pelo Estado de São Paulo em virtude de ordens judiciais²⁷⁷.

A judicialização das insulinas análogas configura, em nosso entender, caso deveras emblemático no que toca à chamada crítica técnica, porque, acerca destes medicamentos, existem uma série de manifestações técnicas abalizadas no sentido de que simplesmente não existem comprovações ou mesmo evidências clínicas que justifiquem sua ministração em detrimento das insulinas ofertadas pelo Sistema Único de Saúde²⁷⁸.

Foram exatamente estas as conclusões a que chegaram os técnicos da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS – CONITEC, comissão criada pela Lei 12.401/2011 com a expressa finalidade de assessorar o Ministério da Saúde nas decisões acerca da elaboração e alteração das listas oficiais de medicamentos fornecidas pelo SUS (Lei 8.080/90, art. 19-Q), mediante procedimentos de análise mais ágeis do que os anteriormente praticados, e cujo plenário é composto por treze membros indicados pelo Ministério e por outras entidades ligadas à saúde, com destaque para o Conselho Federal de Medicina (Decreto n. 7.646/2011).

²⁷⁷ Conforme tabela anexa:

RELATÓRIO TOP 20 MEDICAMENTOS				
QUANTIDADE DE AÇÕES JUDICIAIS ATIVAS POR MEDICAMENTO E TRATAMENTO SUS				
Extraído em: 06.05.2015				
Fonte: Sistema S-Codes				
Nº	Descrições dos Itens	Demandas	Doença	Possui Tratamento SUS / Equivalência Terapêutica
1	Insulina / Glargina - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade / Sem Marca	3.648	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
2	Insulina / Lispro - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade / Sem Marca	1.910	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
3	Insulina / Asparto - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade / Sem Marca	1.614	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
4	Insulina / Lispro - 100 Ui/MI - 10 MI / Frasco-Ampola / Sem Marca	1.086	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
5	Insulina / Glargina - 100 Ui/MI - 10 MI / Frasco-Ampola / Sem Marca	1.074	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
6	Clopidogrel / 75 Mg / Comprimido / Sem Marca	894	Doença isquêmica crônica do coração	Clopidogrel 75 mg
7	Insulina / Glargina - 100 Ui/MI - Caneta Descartável / Unidade / Sem Marca	722	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
8	Insulina / Asparto - 100 Ui/MI - Caneta Descartável / Unidade / Sem Marca	719	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
9	Insulina / Asparto - 100 Ui/MI - 10 MI / Frasco-Ampola / Sem Marca	589	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
10	Ranibizumabe / 10 Mg/MI - 0,23 MI / Ampola / Sem Marca	560	Outros transtornos da retina	--
11	Ácido Acetilsalicílico / 100 Mg / Comprimido / Sem Marca	543	Outros	Ácido Acetilsalicílico
12	Omeprazol / 20 Mg / Cápsula / Sem Marca	541	Hipertensão	Cimetidina
13	Insulina / Detemir - 100 Ui/MI - 3 MI - Refil / Unidade / Sem Marca	540	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
14	Cloridrato De Cinacalcete / 30 Mg / Comprimido Revestido / Sem Marca	534	Insuficiência renal crônica	Calcitriol / Sevelamer
15	Insulina / Detemir - 100 Ui/MI - Caneta Descartável / Unidade / Sem Marca	463	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
16	Ácido Zoledrônico / 5 Mg/100 MI / Frasco-Ampola / Sem Marca	451	Osteoporose sem fratura patológica	Alendronato de Sódio; Risedronato de Sódio; Pamidronato Dissódico; Carbonato de Cálcio; Carbonato de Cálcio + Vitamina D3; Calcitonina; Raloxifeno; Estrogênios conjugados
17	Glicosamina + Condroitina / 1,5 G + 1,2 G / Sache / Sem Marca	419	Outras artroses	Anti-inflamatórios; fisioterapia
18	Rosuvastatina / 10 Mg / Comprimido / Sem Marca	393	hipercolesterolemia	Sinvastatina, Atorvastatina, Fluvastatin, Lovastatina, Pravastatina
19	Metformina / 850 Mg / Comprimido / Sem Marca	378	Diabetes	Ins. Humana regular; Ins. Humana NPH; Clor. Metformina; Glibenclâmida; Glicazida
20	Losartana / 50 Mg / Comprimido / Sem Marca	368	Hipertensão	Propranolol 40mg

²⁷⁸ Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 06. Também a tabela constante da nota de rodapé anterior demonstra as alternativas terapêuticas ofertadas pelo SUS.

Na Consulta Pública n. 04/2014, publicada no Diário Oficial da União em 14 de fevereiro daquele ano²⁷⁹, a CONITEC concluiu por não recomendar a incorporação no SUS das insulinas análogas de longa ação (glargina e detemir) e das insulinas análogas de ação rápida, uma vez que “*as evidências científicas disponíveis não comprovaram a superioridade do tratamento com estes agentes em relação ao tratamento com insulina NHP e insulina regular* (que são as insulinas já previstas nas listas oficiais e que por isto estão à disposição na rede pública de saúde), *nos principais parâmetros da doença*”. Além disso, a CONITEC concluiu que, à vista da não comprovação de superioridade do uso das insulinas análogas, sua incorporação não seria recomendada em virtude dos altíssimos custos destes medicamentos, cujo impacto no orçamento público poderia chegar à casa dos 2,5 bilhões de reais em 5 anos.

Ora, a existência de manifestações técnicas incisivas no sentido da não existência de comprovação científica da superioridade das insulinas análogas em comparação com as insulinas disponíveis nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde, em nosso entender, demonstram a pouca adequação dos processos individuais para análise de questões técnicas complexas, pois, ainda que as conclusões da CONITEC não sejam aplicáveis a todos os pacientes em todas as situações, obviamente nada justifica que as insulinas análogas estejam entre os medicamentos mais demandados judicialmente. O fato é que, como explica Paula Sue Facundo de Siqueira, os autores de ações que tem como objeto o fornecimento de insulinas análogas não estão buscando tratamento de doença negligenciada pelo Poder Público, mas antes “conforto terapêutico”²⁸⁰, isto é, medicamento que entendem melhor, de acordo com as prescrições de seus médicos em geral particulares. Nas ações judiciais individuais, os juízes, tendo em mãos referidas prescrições e peritos que também não são capazes de avaliar sozinhos e escasso período de tempo questões técnicas ultra complexas, acabam por ceder às tentações do ativismo e conceder as prestações requeridas, quaisquer que sejam elas.

Importante salientar que ao nos filiar-mos ao entendimento de que o Judiciário não tem, como regra, condições de tomar as melhores decisões técnicas, não estamos a dizer que tais questões devem ser subtraídas da apreciação judicial, mesmo porque isto violaria frontalmente a Constituição Federal (art. 5º, XXXV). Antes,

²⁷⁹ Disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://conitec.gov.br/index.php/consultas-publicas-consultas-publicas-2014>.

²⁸⁰ Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 10.

sustentamos que esta constatação deve contribuir para gerar nos juízes uma atitude de autocontenção no exercício da jurisdição constitucional envolvendo causas complexas, como são, na maioria das vezes, as relativas a direitos sociais a prestações materiais, sobretudo no que respeita ao direito à saúde.

Mas a crítica técnica não esgota toda a crítica instrumental, já que diversos autores sustentam ainda que o Judiciário seria incapaz de proferir decisões socialmente úteis em matéria de direitos sociais porque suas decisões teriam sempre um efeito distributivo negativo, deixando de privilegiar os mais pobres e reforçando a desigualdade econômica²⁸¹. É a chamada crítica da desigualdade quanto ao acesso à Justiça ou crítica distributiva, bastante relacionada à crítica financeira.

É neste sentido o pensamento de Carlos Portugal Gôuvea, em artigo intitulado sugestivamente “Direitos Sociais contra os Pobres”²⁸². Neste trabalho, o autor parte da premissa de que a proteção aos direitos sociais e econômicos deve ter como objetivo reduzir a desigualdade econômica, já que: (i) a manutenção da democracia em países desiguais depende desta efetiva redução; (ii) os recursos públicos disponíveis, posto que limitados, devem ser alocados do modo mais redistributivo possível, evitando a perpetração de privilégios; e (iii) a eventual proteção destes direitos de forma que beneficiasse as classes mais abastadas acabaria por deslegitimar o próprio sistema democrático e o discurso dos direitos fundamentais²⁸³.

Posto isto, passa o autor a verificar se a adjudicação de direitos sociais, tal como realizado no Brasil em especial no que respeita ao direito à saúde, tem sido proveitoso neste mister, para ao final concluir que não. Segundo o autor, enquanto a proteção dos direitos sociais for feita em termos individuais, as classes mais abastadas da sociedade se apropriarão cada vez mais dos recursos públicos, em detrimento das classes menos privilegiadas²⁸⁴. Isto porque, entre outras coisas, os indivíduos mais abastados da

²⁸¹ Carlos Portugal Gôuvea, *Direitos Sociais contra os Pobres*, artigo disponível no seguinte sítio eletrônico: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf, pg. 02.

²⁸² Idem.

²⁸³ Idem, pg. 13.

²⁸⁴ “A questão que se coloca agora é de se a proteção constitucional de direitos econômicos e sociais é um mecanismo eficaz de redução da desigualdade econômica. A hipótese que vou apresentar aqui é a de que a resposta será necessariamente negativa nos casos em que tal proteção for baseada apenas na proteção de direitos individuais, ou seja, caso o mecanismo primordial para garantia de tais direitos seja a apresentação de ações individuais perante o Judiciário por indivíduos buscando, cada um, proteger “o seu” direito social e econômico”. Idem, pg. 12.

sociedade terão sempre mais e melhor acesso à Justiça do que os indivíduos mais necessitados, inclusive por terem acesso a melhores advogados, dado este que não se supera mesmo que haja serviços eficientes de advocacia pública²⁸⁵, pois a realidade brasileira indica que os indivíduos mais pobres de nossa sociedade nem sequer têm informações básicas acerca de seus direitos²⁸⁶.

A relação que mencionamos entre a crítica distributiva e a crítica financeira, acima tratada, é mais do que evidente. Não há como se perder de vista que, uma vez que os recursos são escassos, sobretudo em um País com grande população e níveis modestos de desenvolvimento social como o Brasil, a decisão de destinar recursos públicos em um determinado sentido implica necessariamente na retirada de recursos destinado a uma outra finalidade.

Quando os juízes, aplicando a lógica bilateral credor-devedor própria do processo judicial de índole liberal, reconhecem a existência de direitos subjetivos diretamente das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais (sem a anterior interposição legislativa), determinam os mesmos uma mudança na alocação dos recursos públicos, podendo, na prática, estar prejudicando a efetivação do direito social em termos coletivos, mediante a subversão da lógica da política pública implementada pela Administração²⁸⁷. Favorecendo o indivíduo, estar-se ia penalizando toda a coletividade, e

²⁸⁵ Neste ponto o autor se refere ao trabalho das Defensorias Públicas no Brasil, que, segundo ele, ainda estão longe atualmente de ter estrutura capilarizada, concentrando-se nas principais áreas urbanas do País e, assim, não podendo atender a população efetivamente mais pobre. *Idem*, pg. 19.

²⁸⁶ *“O fato de bons advogados poderem transferir a sua vantagem da especialização em confrontos com o governo para os cidadãos acaba por refletir, mais uma vez, o problema da desigualdade social. Tal especialização tem um valor imenso, e também um preço proporcional ao seu valor, que somente poderá ser pago por cidadãos com maior poder econômico. Um cidadão pobre, ou melhor, os mais pobres entre os mais pobres, em primeiro lugar sequer tem a informação básica de que tem direitos que possam eventualmente ser defendidos judicialmente. Falamos aqui dos casos, no interior do Brasil, longe de quaisquer recursos tanto públicos quanto privados. A Assimetria de informações é tamanha que sequer permite uma comparação efetiva, pois o primeiro recurso jurídico escasso é a própria consciência da existência de direitos por parte daqueles a quem o sistema constitucional mais deseja proteger, que são os mais pobres dentre os mais pobres. Fica então evidente o primeiro problema, que é o de que o sistema de proteção individual já deixar de fora aqueles a quem o sistema constitucional mais deveria proteger, ou seja, os mais pobres entre os mais pobres, os analfabetos, os verdadeiramente tão destituídos de recursos que sequer imaginam serem titulares de direitos que possam reduzir os efeitos de tal desigualdade extrema”*. *Idem*, pg. 17.

²⁸⁷ *“A solução de conflitos de justiça distributiva mediante o uso de raciocínios e instrumentos processuais construídos para a solução de conflitos de justiça comutativa acaba por se traduzir em rotundo fracasso do Poder Judiciário no cumprimento de sua missão precípua, que é a de dar a cada um o que é seu”*. Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, págs. 503.

em especial a sua parcela mais pobre, uma vez que os recursos estatais são necessariamente escassos e a efetivação de direitos sociais, por sua natureza, deveria se dar de modo coletivo.

É o argumento, entre outros, de Virgílio Afonso da Silva²⁸⁸, que usa como exemplo informação retirada de artigo publicado na Folha de São Paulo no já não tão próximo ano de 2003. Na época, por força de decisões judiciais, o Estado de São Paulo fornecia tratamento a cerca de 100 portadores da doença de Gaucher (trata-se de doença genética ligada ao metabolismo dos lipídios – substâncias gordurosas), ao custo de quase US\$ 10 mil mês por pessoa, cerca de US\$ 10 milhões por ano. Com estes valores, segundo o artigo, seria possível combater a fome endêmica de cerca de 250 mil pessoas por ano.

Aqui novamente, alguns dados fornecidos por Paula Sue Facundo de Siqueira acerca da judicialização da saúde no Estado de São Paulo, referentes à distribuição geográfica das ações no Estado, parecem confirmar os apontamentos acima referidos²⁸⁹. Segundo esta autora, a Secretaria de Estado da Saúde criou um índice para aferir o volume de judicialização da saúde em cada um dos 17 Departamentos Regionais de Saúde nos quais o Estado está administrativamente dividido (Índice Paulista de Judicialização da Saúde – IPJS), índice este que consiste no quociente do número de ações para cada 10.000 habitantes residentes em cada região. Os resultados obtidos demonstram que a judicialização da saúde no Estado de São Paulo não é geograficamente uniforme, sendo mais acentuada em regiões desenvolvidas do Estado (Barretos, São José do Rio Preto e Ribeirão Preto) e muitas vezes menor na região que conta com os índices de desenvolvimento humano mais baixos do Estado (a região de Registro, no Vale do Ribeira)²⁹⁰.

²⁸⁸ *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro - 2010, págs. 587/599.

²⁸⁹ Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 06.

²⁹⁰ A tabela abaixo, retirada da apresentação feita pelo Secretário de Estado da Saúde, doutor David Uip, no dia 14 de maio de 2015, no II Fórum de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>), elenca os itens considerados excêntricos que o Estado de São Paulo é compelido a fornecer, individualmente, em virtude de ordens judiciais:

É fato que a ausência de uniformidade geográfica na distribuição das ações judiciais de saúde talvez possa ser explicada por outros fatores, como a oferta de serviços de saúde na região ou a existência de uma cultura regional de judicialização. Mas parece-nos incontestável também o fato de que estas divergências demonstram que o volume de judicialização não tem relação direta com as necessidades da população que ocorre ao Judiciário²⁹¹, o que parece reforçar, em alguma medida, o argumento de Carlos Portugal Gouvea, no sentido de que o ativismo judicial na área da saúde tem beneficiado mais as camadas mais privilegiadas da população.

Elival da Silva Ramos comenta estes mesmos dados, afirmando que a distribuição desigual das ações judiciais relativas a medicamentos acarreta não apenas a subversão de toda a lógica administrativa, mas também o “*atendimento desigual da população enferma*”, desigualdade esta também revelada pela lista de medicamentos mais pedidos judicialmente, que demonstra a presença bastante reduzida de medicamentos “*envolvidos no tratamento de doenças típicas da população mais pobre*”²⁹².

Regional de Saúde	2011	2012	2013	2014
	Índice	Índice	Índice	Índice
DRS 01 - Grande São Paulo	4,17	4,24	4,29	4,22
DRS 02 - Araçatuba	9,50	10,63	13,33	16,33
DRS 03 - Araraquara	8,52	9,00	9,65	10,41
DRS 04 - Baixada Santista	4,25	6,16	6,77	6,05
DRS 05 - Barretos	30,87	41,68	53,35	70,71
DRS 06 - Bauru	18,27	18,95	19,99	21,18
DRS 07 - Campinas	3,08	3,19	3,52	3,92
DRS 08 - Franca	21,70	23,28	23,95	27,74
DRS 09 - Marília	5,58	6,75	8,11	9,81
DRS 10 - Piracicaba	3,08	3,56	3,91	3,93
DRS 11 - Presidente Prudente	13,50	16,60	19,53	23,89
DRS 12 - Registro	0,44	0,55	0,51	0,73
DRS 13 - Ribeirão Preto	16,05	20,69	25,25	32,07
DRS 14 - São João da Boa Vista	9,10	11,01	11,83	13,03
DRS 15 - São José do Rio Preto	33,14	36,34	39,75	42,77
DRS 16 - Sorocaba	3,16	3,52	4,25	5,87
DRS 17 - Taubaté	2,75	3,18	3,58	3,72
Total Geral	6,86	7,62	8,84	9,25

²⁹¹ “*Pode-se concluir que existem vários fatores que contribuem para a distribuição irregular das demandas judiciais em saúde no Estado de São Paulo, que devem ser mais bem estudados e elucidados em cada região. Mas infere-se que o perfil epidemiológico entre os DRS (Departamentos Regionais de Saúde) em São Paulo, não corresponde às necessidades de saúde para determinada coletividade, como apontadas nas demandas judiciais que possam representar determinada região, a indicar que não é a quantidade de doentes que direta e isoladamente influenciam esta variação*”. Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 07.

²⁹² Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, págs. 505.

Partindo-se da premissa acima posta de que são os indivíduos mais abastados (ou pelo menos de que não são os mais pobres da sociedade) que, em virtude de seu maior acesso à Justiça, têm sido os clientes preferenciais da judicialização individualizada do direito à saúde, a apropriação de recursos públicos destinados à compra de medicamentos fica ainda mais gritante quando se verifica que, por força de decisões judiciais, o Poder Público tem sido obrigado a fornecer itens supérfluos e excêntricos ao SUS, isto é, itens que nem sequer podem ser considerados propriamente medicamentos²⁹³, tais como shampoos, condicionadores, água de coco, água mineral, leite de cabra, adoçantes, achocolatados, poltronas de massagem, colchões, travesseiros, lupas, perucas, e etc., tudo em nome do direito à saúde e da dignidade da pessoa humana dos autores²⁹⁴.

Os dados trazidos neste tópico, referentes principalmente à baixa eficiência técnica da judicialização individualizada do direito à saúde e à multiplicação de decisões que ordenam o fornecimento de itens supérfluos, em nossa opinião, desmantelam o argumento daqueles que enxergam benefícios na multiplicação de ações individuais referentes ao direito à saúde.

²⁹³ Paula Sue Facundo de Siqueira, op. cit., pg. 10.

²⁹⁴ A tabela a seguir, retirada do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>), elenca os itens considerados excêntricos que o Estado de São Paulo é compelido a fornecer, individualmente, em virtude de ordens judiciais:

EXCENRICIDADES

Descrição de itens	Descrição de itens
ABSORVENTE / ÍNTIMO FEMININO, COM GEL ABSORVENTE E FITA ADESIVA PARA FIXAÇÃO	HIDRATANTE / CREME CORPORAL ENYDRIAL EXTRE-EMOLIENTE
ABSORVENTE / PARA INCONTINÊNCIA URINÁRIA LEVE, MULTIUSO - TAMANHO ÚNICO	HIDRATANTE / LOÇÃO DE AVEIA / FRASCO / DAVENE
ACHOCOLATADO / ISENTO DE LACTOSE	HIDRATANTE, LOÇÃO PARA PELES SECAS E EXTRA-SECAS - CORPO E ROSTO
ACHOCOLATADO DIET	LEITE / DE CABRA EM PÓ INTEGRAL / GRAMA (G)
ADESIVO / ARTIFICIAL PARA NEUROCIRURGIA - 10 CM X 15 CM / NEURO-TEX	LEITE / DE CABRA UHT INTEGRAL / MILILITRO (ML)
ADOÇANTE / ASPARTAME - EM PÓ / SACHE	LEITE / DE VACA EM PÓ DESNATADO / GRAMA (G)
ADOÇANTE / SUCRALOSE EM PÓ	LEITE / DE VACA EM PÓ INTEGRAL / GRAMA (G)
ADOÇANTE / SUCRALOSE LÍQUIDO / FRASCO	LEITE / DE VACA EM PÓ INTEGRAL / GRAMA (G) / LEITE NINHO / NESTLE
ADOÇANTE DIETÉTICO / ASPARTAME, EM PÓ / SACHE	LEITE / DE VACA UHT INTEGRAL / MILILITRO (ML)
ADOÇANTE DIETÉTICO / SUCRALOSE, EM LÍQUIDO / FRASCO	LEITE / DE VACA UHT SEMI-DESNATADO / MILILITRO (ML)
ADOÇANTE DIETÉTICO / SUCRALOSE, EM PÓ / SACHE	LOÇÃO HIDRATANTE / PARA PELES DELICADAS, JOHNSON'S BABY MILK
ÁGUA DE COCO / MILILITRO (ML)	MÓDULO / DE CARBOIDRATO (MALTODEXTRINA)
ÁGUA MINERAL / SEM GÁS / MILILITRO (ML)	MÓDULO / DE CARBOIDRATO (MALTODEXTRINA)/ NIDEX/NESTLÉ
ÁLCOOL ETILICO / GEL - 70% - 100 ML / FRASCO	ÓLEO / DE SOJA / FRASCO
AMIDO DE MILHO /	ÓRTESES - AUXILIARES/OUTRAS / BENGALA TIPO T LONGA
ANTISSÉPTICO BUCAL	ÓRTESES - AUXILIARES/OUTRAS / CADEIRA DE RODAS
ANTISSÉPTICO BUCAL / SOLUÇÃO COM FLÚOR	ÓRTESES - AUXILIARES/OUTRAS / CADEIRA DE RODAS MOTORIZADA
BALA DE GLICOSE LÍQUIDA INSTANTÂNEA	PILHA / ALCALINA AA
BEBIDA A BASE DE SOJA / PRONTA PARA BEBER, SABOR CHOCOLATE	PILHA / ALCALINA AAA
BEBIDA A BASE DE SOJA / PRONTA PARA BEBER, SABOR ORIGINAL	PILHA / ALCALINA AAA / ENERGIZER
BEBIDA A BASE DE SOJA / PRONTA PARA BEBER, SABOR SHAKE DE MORANGO	PRÓTESES - DE DRENAGEM OFTÁLMICA, EM SILICONE, VÁLVULA DE AHMED
BEBIDA A BASE DE SOJA / PRONTA PARA BEBER, SABORES VARIADOS	PRÓTESES - OUTRAS / CAPILAR PERMANENTE
COLCHÃO / DE SOLTEIRO COMUM	SABONETE / EM BARRA DE GLICERINA
COLCHÃO / PNEUMÁTICO	SABONETE / EM BARRA, INFANTIL, NEUTRO - 90 G
CONDICIONADOR / INFANTIL, PARA CABELOS CLAROS - 200 ML / JOHNSONS BABY	SABONETE / LÍQUIDO
FARINHAS E MUCILAGENS / PARA PREPARO DE VITAMINA E MINGAU	SABONETE / LÍQUIDO DE GLICERINA - 200 ML
FARINHAS E MUCILAGENS MUCILON / NESTLE	SABONETE / LÍQUIDO, HIDRATANTE / BISNAGA / FISIOGEL
FILTRO DE ÁGUA / DE CERÂMICA - CAPACIDADE 10 LITROS	SABONETE / LÍQUIDO, ÍNTIMO COM ÁCIDO LÁCTICO
FRALDAS OUTRAS / PARA NATAÇÃO - TAMANHO G - A PARTIR DE 14 KG	SHAMPOO / NEUTRO, INFANTIL - 200 ML / FRASCO / JOHNSON
HIDRATANTE / CREME / BISNAGA / JOHNSONS BABY	TRAVESSEIRO / EM CUNHA
HIDRATANTE / CREME CORPORAL - BODY SOFT MILK PARA PELE SECA / NÍVEA	

É que autores alguns autores, como Daniel Wang, costumam defender em alguma medida o controle de constitucionalidade difuso de omissões relativas ao direito à saúde tal como ocorre no Brasil, ainda que geradora de efeitos perniciosos, sob o argumento de que a multiplicação acaba pode acabar por forçar o Poder Público a corrigir as políticas públicas em termos globais, em benefício das classes mais pobres²⁹⁵. Se bem entendemos as conclusões de Daniel Wang, os efeitos perniciosos da judicialização individualizada do direito à saúde (que o autor reconhece existir, saliente-se) seriam vistos, de acordo com esta lógica, como efeitos colaterais necessários no caminho de alguma espécie de cura do sistema. Para tanto, este autor cita o exemplo da judicialização de medicamentos de HIV/AIDS, verificada ainda na década de 90, em um tempo em que os chamados coquetéis antivirais não eram distribuídos gratuitamente pelo SUS, judicialização esta que teria influenciado o Poder Público a adotar uma política pública de combate à doença que se revelou extremamente bem sucedida e que é referência para outros países²⁹⁶.

Ainda que no caso concreto dos medicamentos relativos a HIV/AIDS a judicialização individualizada possa ter contribuído para a adoção de uma política pública eficiente, o que está longe de ser uma opinião unânime²⁹⁷, fato é que este efeito benéfico obviamente não poderá ser replicado em casos como os das insulinas análogas ou de bens absolutamente excêntricos e supérfluos, mencionados acima. Por maior que seja a

²⁹⁵ “O crescente impacto financeiro gerado por ações judiciais que demandam bens e serviços de saúde do poder público tem suscitado algumas críticas, que apontam, principalmente, para (1) as injustiças distributivas geradas por essas ações, (2) a ilegitimidade do Poder Judiciário para determinar gastos públicos em matéria de políticas públicas e (3) sua falta de informações e conhecimento para realizar esta tarefa. Muito embora tenda a concordar que grande parte dessas críticas é correta no contexto brasileiro atual, e reconheça que elas sejam muito úteis para se pensar alguns aspectos de como a judicialização da saúde acontece atualmente, entendo que não são argumentos determinantes, capazes de justificar uma postura totalmente refratária do Poder Judiciário frente a demandas envolvendo o direito à saúde. Trabalharei com a hipótese de que o Judiciário pode ser um espaço de participação nas políticas de saúde, principalmente para os menos favorecidos, que têm na tutela jurisdicional um espaço institucional onde reclamar bens e serviços de saúde não disponibilizados ou disponibilizados de forma deficiente pelo poder público”. Daniel Wei Liang Wang, *Poder Judiciário e Participação Democrática nas Políticas Públicas de Saúde*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2009, págs. 08/09.

²⁹⁶ Idem, págs. 51 a 55.

²⁹⁷ Carlos Portugal Gouvêa, por exemplo, discorda desta conclusão: “A crescente pressão do Judiciário pela concessão de remédios fez com que o Executivo desenvolvesse uma política específica para a distribuição universal de medicamentos de controle da HIV/AIDS. Tal política culminou com a Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, a qual criou um arcabouço legal para tal universalização e também levou o governo a negociar com empresas farmacêuticas a compra em larga escala de remédios por preços reduzidos. Os resultados foram muito positivos, transformando o programa em uma referência internacional. O caso programa brasileiro de HIV/AIDS é bastante emblemático para nossa discussão. Primeiro porque poderia ser considerado, à primeira vista, um caso de sucesso. Afinal, trata-se de uma política pública de reconhecimento internacional que teve como origem ações judiciais. Ocorre que um aprofundamento da análise nos levaria a questionar se uma política nacional de HIV/AIDS deveria ser uma prioridade nacional, sem qualquer consideração para com os gastos de tal política”. Op. cit., pg. 23.

judicialização nestes casos, o total descabimento de sua adoção em termos coletivos fará com que jamais um administrador eficiente opte por incluir tais prestações nas listas oficiais de fornecimento regular, qualquer que seja o entendimento dos juízes nas ações individuais que lhe são submetidas.

2.5. A necessidade de estabelecimento de parâmetros: o mínimo existencial como possível critério ou limite para a judicialização dos direitos sociais

Diante das considerações até aqui feitas, a nós nos parece ser possível afirmar que o fenômeno da judicialização dos direitos sociais é uma realidade da vida institucional de nosso País. Nada obstante, as críticas que se levantam, em consequência da verificação de seus efeitos perniciosos, são igualmente realidade, não podendo ser simplesmente desconsideradas, devendo antes servir à reflexão, ao aperfeiçoamento e, eventualmente, à correção da atuação judicial na resolução de demandas referentes a direitos sociais.

A constatação destes efeitos deletérios, verificáveis sobretudo no que respeita à adjudicação do direito à saúde, tem, como não poderia deixar de ser, gerado reações jurisprudenciais e doutrinárias. Marco Antônio Sabino aponta uma tendência de mudança na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria²⁹⁸. Segundo este autor, o STF tinha um entendimento reiterado de que a prestação da saúde pelo Estado deveria ser promovida pelo Judiciário no caso de necessidade do indivíduo, a despeito de quaisquer considerações de ordem financeira. Exemplo disso, seria, entre outras, a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Mello, no ano de 1997, na Petição 1.246-1, *in verbis*: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema -

²⁹⁸ “A tendência, todavia, foi modificada com a alteração do foco de análise para um outro ponto: não era mais necessária a afirmação do Judiciário como ator corresponsável pela atribuição de medicamentos e tratamentos médicos. Era preciso, agora, examinar quais eram os efeitos dessa intervenção judicial, predominantemente, em face do impacto orçamentário das decisões jurisdicionais nesse sentido. A orientação do Supremo foi delicadamente alterada: era preciso, antes de se conceder o medicamento pleiteado, verificar quais as consequências, para os demais cidadãos, de dada concessão. A nova orientação foi fruto, principalmente, do decidido na aludida ADPF n. 45”. SABINO, Marco Antônio da Costa. *Quando o Judiciário Ultrapassa Seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense: 2013, pg.379.

que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (...)”.

Mais recentemente, entretanto, ainda segundo Marco Sabino²⁹⁹, a Suprema Corte brasileira teria começado a se dar conta da necessidade de alguma autocontenção neste mister. Esta tendência de mudança teria se iniciado, segundo este autor, com a decisão monocrática proferida pelo mesmo Ministro Celso de Mello, na ADPF nº 45, já no ano de 2004. Nesta decisão, após afirmar a sempre existente competência do Poder Judiciário para verificação da constitucionalidade das opções políticas dos demais Poderes, visto que o desrespeito à Constituição por parte do Poder Público pode se dar tanto de modo comissivo quanto pela via da omissão³⁰⁰, o Ministro reconhece expressamente que *“a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoal estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”*.

Ao fazer tais considerações, o Ministro afirma expressamente que não deixa, no que respeita à jurisdição constitucional relativa a direitos sociais, de *“conferir significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível”*, e que os magistrados em geral devem se ater a esta questão, mas afirma, em seguida, que não há que se levar em conta os aspectos financeiros quando estiver em jogo a garantia das condições materiais mínimas de existência digna (a garantia do mínimo existencial)³⁰¹. Em outras palavras, se

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ STF, ADPF n. 45: *“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Esta conduta estatal, que importa um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”*.

³⁰¹ STF, ADPF n. 45: *“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá leva-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras,*

bem entendemos o pensamento do Ministro Celso de Mello, exposto na ADPF n. 45, a ideia de mínimo existencial deveria ter relevância enquanto parâmetro no que respeita à adjudicação de direitos sociais a prestações materiais; se não propriamente como limite a esta atuação, ao menos como fronteira além do qual as considerações de ordem econômico-financeira devem ser seriamente levadas em conta pelos juízes.

Também a doutrina, que até não muito tempo atrás ainda focava seus esforços na questão da legitimidade do Judiciário para a intervenção na seara dos direitos sociais a prestações materiais, tem, mais recentemente, dado um passo além e, reconhecendo os seus possíveis efeitos perniciosos, tem procurado propor limites dogmáticos a esta atuação. Mesmo autores que no passado foram grandes arautos da chamada doutrina brasileira da efetividade das normas constitucionais, como o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, têm nos últimos tempos, sustentado posicionamento bastante mais comedido. Em artigo em que trata do tema da judicialização da saúde³⁰², o Ministro Barroso admite que tem havido no Brasil dos nossos dias um “*excesso de judicialização*” e a proliferação “*de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas*”³⁰³.

O Ministro segue dizendo que este casuísmo e a falta de critérios na judicialização “*pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas*”, de modo que “*o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal*”,

prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível”.

³⁰² Luís Roberto Barroso, *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 e SARMENTO, Daniel (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Iuris Editora, Rio de Janeiro – 2010, págs. 875 a 903.

³⁰³ Idem, pg. 876.

levando o sistema a “*apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição (...) e de voluntarismos diversos (por parte do Judiciário)*”³⁰⁴.

Constatado o problema, Luís Roberto Barroso passa a sugerir alguns parâmetros de atuação judicial na seara do direito a saúde, seja no que toca a ações individuais, seja em se tratando de ações coletivas, pontuando, entre uma série de outras coisas, que, em havendo lei e atos administrativos (que concretizem o direito à saúde), “*sendo regularmente aplicados (pela Administração), eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção*”³⁰⁵. Em não havendo normas infraconstitucionais que tais, deve o judiciário intervir, entre outros casos, na hipótese de não atendimento do mínimo existencial³⁰⁶.

De acordo com o exposto até aqui, pode-se verificar a ocorrência da menção ao mínimo existencial como possível parâmetro para a judicialização dos direitos sociais a prestações materiais, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina. A bem da verdade, quase todos os doutrinadores que se propõem a discorrer sobre o tema dos direitos sociais e as formas de sua implementação pelo Poder Judiciário acabam, de alguma forma, sentindo necessidade de abordar o tema o mínimo existencial, mesmo porque trata-se de tema intimamente ligado as primeiras experiências conhecidas de judicialização destes direitos, ocorridas na Alemanha em meados do século XX (sobre o que se discorrerá mais à frente neste trabalho).

Esta constatação é feita, entre outros, por Thiago dos Santos Acca, que no inventário que realizou acerca da doutrina brasileira relativa aos direitos sociais, constata, entre outras coisas, que “*há uma clara tendência na doutrina brasileira dos direitos sociais em utilizar conceitos como “dignidade da pessoa humana” e “mínimo*

³⁰⁴ Idem, pg. 875.

³⁰⁵ Idem, pg. 891.

³⁰⁶ “*Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais, situação em que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial. O Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa. Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático*”. Idem, pg. 882.

*existencial” para justificar a aplicação de direitos sociais. Estes conceitos funcionam como uma espécie de cinturão protetor do indivíduo”.*³⁰⁷

É verdade que nem todos os doutrinadores brasileiros que discorrem sobre o mínimo existencial o enxergam como possível parâmetro ou limite para a judicialização destes direitos. Há aqueles que, como Elival da Silva Ramos, entendem que a ideia simplesmente não teria utilidade no contexto brasileiro, em virtude do fato de que a Constituição brasileira ter previsto expressamente um extenso rol de direitos sociais a prestações materiais, ao contrário da Constituição alemã³⁰⁸. Trata-se de posicionamento extremamente relevante, e que será tratado com mais vagar mais adiante.

Outros, como Caio Pereira de Souza Neto e Ingo Wolfgang Sarlet, criticam expressamente adoção da ideia de mínimo existencial como parâmetro para o controle de constitucionalidade de omissões relativas a direitos sociais, por entenderem que o papel do Judiciário na seara dos direitos sociais não deve se ater à garantia do mínimo³⁰⁹ ou que o mínimo existencial se confunde com o próprio suporte fático dos direitos sociais³¹⁰. Outros ainda, como Thiago dos Santos Acca, entendem que a ideia de mínimo

³⁰⁷ *Teoria Brasileira dos Direitos Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013, pg. 189.

³⁰⁸ “É por isso que se pode dizer que o mínimo existencial, no contexto do Sistema Jurídico brasileiro, está devidamente delimitado pela própria Constituição Federal, não ficando na dependência de construções doutrinárias e jurisprudenciais impregnadas de acentuada dose de subjetivismo”. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, São Paulo – 2007, pg. 352.

³⁰⁹ “Não há sentido na cristalização minimalista provocada pelo conceito de “mínimo existencial”, cuja própria locução sugere que apenas “as condições de subsistência” estariam garantidas. O Judiciário é legítimo para concretizar não as “condições mínimas”, mas “as condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os “meios de subsistência”, mas também a “igualdade de meios para agir”. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para a auto-ajuda”. As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito. Sem a vigência de determinadas condições sociais, não há garantia de que tal cooperação, de fato, venha a ocorrer”. Cláudio Pereira de Souza Neto, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2010, pg. 537.

³¹⁰ “De outra parte (...), firma-se posição no sentido de que o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. Nesse sentido, remete-se à noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver garantida nem mais nem menos do que uma vida saudável. Assim, a despeito de se endossar uma fundamentação do mínimo existencial no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, há que encarar com certa reserva (pelo menos nos termos em que foi formulada) a distinção acima referida entre um mínimo existencial fisiológico e um mínimo existencial sociocultural, notadamente pelo fato de que uma eventual limitação do núcleo essencial do direito ao mínimo existencial a um mínimo fisiológico, no sentido de um garantia apenas das condições materiais mínimas que impedem

existencial não tem como servir de parâmetro, seja por não ser passível de fácil delimitação, seja porque a dimensão dos custos necessários à implementação dos direitos sociais pode levar legitimamente o Estado a garanti-los em um nível aquém de um padrão mínimo qualquer³¹¹.

Nada obstante, na linha do parecer proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello e Luís Roberto Barroso, acima citados, diversos autores expressamente sugerem que a adoção da ideia de mínimo existencial pode sim servir de parâmetro, baliza ou limite e, assim, instrumento de autocontenção ao ativismo judicial relacionado a direitos sociais, evitando os efeitos deletérios decorrentes de sua judicialização desmedida.

Para estes autores, uma determinada prestação de direito social teria de estar abrangida, ao menos como regra, na noção de mínimo existencial para que pudesse ser justificável (isto é, concedida pelo Poder Judiciário)³¹². Em outras palavras, dizer que o mínimo existencial deveria ser limite ao controle judicial de políticas públicas de direitos sociais significaria dizer que o Judiciário só poderá controlar a constitucionalidade de uma dada política pública, ordenando ao Estado a realização de determinada prestação ao indivíduo, se esta prestação fosse essencial à garantia de um patamar mínimo de dignidade da pessoa humana. O que não estivesse estritamente abrangido neste patamar mínimo, teria

seja colocada em risco a própria sobrevivência do indivíduo, poderá servir de pretexto para a redução do mínimo existencial a um mínimo meramente “vital” (de mera sobrevivência física).” Ingo Wolfgang Sarlet, Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores, Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, pg. 25.

³¹¹ *“A adoção de critérios, como mínimo existencial, dignidade da pessoa humana ou núcleo mínimo, que estabeleçam um conteúdo mínimo para os direitos sociais a fim de se determinar as situações em que esses direitos poderiam ser aplicados diretamente a partir do texto constitucional, ou seja, sem a necessidade de legislação infraconstitucional, possui duas grandes limitações. Em primeiro lugar, embora essa não me pareça a crítica mais relevante, esses conceitos não são facilmente aplicáveis a casos concretos, tendo em vista seu alto grau de imprecisão. Como já apontado na literatura nacional, esses conceitos precisam ser explicados, e geralmente não são, o que não é uma tarefa simples. Em segundo lugar, e aqui reside o principal ponto de crítica dessa visão, mesmo que determinássemos casos em que o mínimo existencial ou a dignidade da pessoa humana estivesse em jogo, ou seja, sendo feridos, o fato é que, ainda assim, não haveria condições materiais para dar conta de todos os casos”.* Thiago dos Santos Acca, *Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2013, págs. 134 e 135.

³¹² *“É este núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa”.* Ada Pellegrini Grinover. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro - 2013, pg. 133.

de ser buscado pelos indivíduos perante os outros Poderes do Estado, através do processo político ordinário.

Neste sentido, por exemplo, se posiciona Ada Pellegrini Grinover, que, muito embora defenda de modo veemente a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas referentes a direitos sociais, admite que esta intervenção pode se tornar abusiva e acarretar uma série de efeitos perniciosos. Diante desta constatação, esta autora, apoiando-se inclusive no quanto decidido pelo STF na já mencionada ADPF nº 45, sugere a adoção de alguns expedientes dogmáticos que sirvam como limites à intervenção judicial nesta seara. Tais expedientes seriam os seguintes três: a garantia do mínimo existencial, a razoabilidade e a reserva do possível³¹³. Segundo a autora, *“a estrita observância dos limites (que propõe) à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro), será suficiente para conter os abusos”*³¹⁴.

Outro autor que sugere a ideia de mínimo existencial como limite à judicialização dos direitos sociais é Kazuo Watanabe, que o faz a partir do conceito de “justiciabilidade” (acima mencionado), que, de acordo com sua explicação, não se refere a um requisito de acesso à justiça ou requisito para o exame do mérito da ação, mas antes a um requisito para o acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional destes direitos³¹⁵. Diz o autor que *“a adoção do conceito de mínimo existencial é feita para possibilitar a tutela jurisdicional imediata, sem a necessidade de prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo por meio de política pública específica, e sem a possibilidade de questionamento, em juízo, das condições práticas de sua efetivação, vale dizer, sem sujeição à cláusula da reserva do possível”*³¹⁶.

Importante mencionar que este autor pontua que haveria outra categoria de direitos sociais que também seria justiciável, independentemente da ideia de mínimo existencial. Tratar-se-ia dos direitos sociais previstos em normas constitucionais de grande densidade normativa. Para o autor, a diferença na justiciabilidade destes últimos direitos em

³¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense: 2013, págs. 124 a 150.

³¹⁴ Op. cit., pg. 140.

³¹⁵ *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense: 2013, pg. 216.

³¹⁶ Op. cit. pg. 218.

relação aos primeiros é que estes estariam submetidos à reserva do possível, enquanto aqueles não. Um eventual direito social que não integrasse o mínimo existencial ou não estivesse previsto na Constituição com alta densidade normativa simplesmente não seria justiciável³¹⁷.

Outra autora que sustenta posicionamento bastante semelhante é Ana Paula de Barcellos. Em importante obra que trata sobre a eficácia jurídica dos princípios constitucionais³¹⁸, esta autora, a partir do texto da Constituição brasileira de 1988 e da análise de uma série de temas clássicos do direito constitucional (democracia, separação de poderes, etc.), conclui que o fato de a Constituição Federal prever, em seu artigo 1º, III, como fundamento da República o princípio da dignidade da pessoa humana, tem como consequência a geração de alguma “*eficácia jurídica positiva ou simétrica*”³¹⁹, ou, em outras palavras, alguma justiciabilidade.

A autora reconhece que a concretização dos princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, cabe ordinariamente aos Poderes Políticos e, em última análise, ao povo, a cada nova oportunidade eleitoral, que é soberano para decidir a melhor forma de atingir os objetivos constitucionais. Esse seria o campo “*reservado à deliberação democrática*”, pelo que “*não cabe ao Judiciário simplesmente formular um conteúdo completo da dignidade que lhe pareça mais adequado*”.³²⁰ Por outro lado, se todo conteúdo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana estivesse à disposição, por assim dizer, do Legislativo e do Executivo, “*pouca utilidade haveria em prevê-lo na Constituição e muito pouco sentido haveria em dizer que se trata de um comando jurídico dotado de imperatividade*”.³²¹

Por isso, haveria um núcleo de prestações materiais mínimas que comporiam de modo tão imprescindível a noção de dignidade da pessoa humana que seu oferecimento, por parte do Estado, se imporia como regra, e não como um princípio, podendo ser exigida judicialmente, independentemente de intermediação legislativa³²².

³¹⁷ Idem, pg. 224.

³¹⁸ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2011.

³¹⁹ Idem, pg. 296.

³²⁰ Idem.

³²¹ Idem.

³²² “*A conclusão, portanto, é que há um núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência se impõe como regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que se ponderar ou otimizar, ao modo dos*

Importante notar, todavia, que, ainda segundo a autora, a ideia de mínimo existencial não seria apenas uma autorização para a atuação judicial em matéria de direitos sociais, servindo igualmente como limite para esta atuação. Isto porque, no que respeita às prestações materiais que, nada obstante boas e desejáveis, não tivessem previsão em normas constitucionais de eficácia plena e não compusessem o estritamente necessário à vida humana digna, não teria o Judiciário autorização constitucional para sua concessão, seja porque não poderia se valer de forma irrestrita do expediente da ponderação de princípios³²³, seja porque estaria usurpando competência dos demais Poderes do Estado³²⁴.

Pois bem. Como já referido acima neste trabalho, é justamente acerca da viabilidade e da conveniência na adoção da ideia de mínimo existencial como parâmetro ou limite para a judicialização de direitos sociais, tal como proposta por alguns autores, que esta pesquisa pretende debruçar seus esforços. Esta ideia tem de fato servido como limite à adjudicação dos direitos sociais a prestações materiais no Brasil? Tem ela de fato a capacidade de exercer tal função de autocontenção judicial? Estas são as questões que nortearão nossa análise daqui em diante.

Com toda a exposição feita até aqui, procuramos demonstrar a importância do tema de estudo que ora propomos. Em sendo a questão da judicialização dos direitos sociais assunto premente na realidade brasileira dos nossos dias - sobretudo no que respeita ao direito à saúde - e estando comprovado que a atuação judicial desmedida nesta seara pode gerar uma série de efeitos deletérios, faz-se necessário à doutrina jurídica buscar parâmetros dogmáticos claros para a atuação dos juízes. Em outras palavras, não se pode continuar admitindo a adjudicação de direitos sociais tal como é feita no Brasil dos nossos dias.

princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, o enunciado mantém a sua natureza de princípio, estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico". Idem, pg. 243.

³²³ *"A não realização dos efeitos compreendidos nesse mínimo constitui uma violação ao princípio constitucional, no tradicional esquema do "tudo ou nada", podendo-se exigir judicialmente a prestação equivalente. Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância: também a ponderação tem limites". Idem, pg. 296.*

³²⁴ *"Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem primordialmente outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias". Idem, pg. 292.*

Tendo alguns doutrinadores brasileiros sugerido a ideia de mínimo existencial com esta função de parâmetro com certa frequência, o estudo acerca da mesma e dos aspectos a ela relacionados ganham inegável relevância. Para tanto, inicialmente, entendemos conveniente conhecer o contexto em que surgiu esta ideia surgiu, ainda que em breves termos. É o que pretendemos com o capítulo seguinte.

III – A ORIGEM DA IDEIA DE MÍNIMO EXISTENCIAL: O ESTADO SOCIAL ALEMÃO

3.1. Noção ou conceito

Como procuramos demonstrar no capítulo anterior, com o fim de arcar com os ônus argumentativos que as críticas direcionadas à judicialização excessiva dos direitos sociais a prestações materiais lhes impõem, bem como com o intuito de estabelecer parâmetros para esta atuação, os doutrinadores brasileiros têm se valido, com certa frequência, de um específico expediente dogmático. Trata-se da noção ou conceito de mínimo existencial³²⁵.

A definição do que seja o “mínimo existencial” nos parece tão simples em abstrato quanto complexa em concreto³²⁶. Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, o mínimo existencial “*corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna*”³²⁷.

A referência ao mínimo existencial como noção ou conceito, que fazemos neste primeiro momento, se deve aos ensinamentos do professor Eros Roberto Grau. Este autor, ao discorrer acerca da ideia de serviço público, se utiliza dos ensinamentos de Jean Paul Sartre para diferenciar “conceitos” de “noções”, atribuindo aos primeiros um traço de atemporalidade e aos segundos uma marca de historicidade³²⁸. É

³²⁵ É o diagnóstico feito por Thiago dos Santos Acca. Em seu livro *Teoria Brasileira dos Direitos Sociais* (Editora Saraiva, São Paulo – 2013), procurou este autor traçar um panorama acerca da doutrina brasileira no que tange aos direitos sociais, constatando, entre outras coisas, que “*há uma clara tendência na doutrina brasileira dos direitos sociais em utilizar conceitos como “dignidade da pessoa humana” e “mínimo existencial” para justificar a aplicação de direitos sociais. Estes conceitos funcionam como uma espécie de cinturão protetor do indivíduo*” (pg. 189).

³²⁶ Neste sentido, Paulo Gilberto Cogo Leivas: “*Tarefa que se revela de extrema complexidade diz respeito a uma definição mais precisa do direito ao mínimo existencial, embora não haja problemas maiores em uma definição mais geral, que aponta o direito ao mínimo existencial como o direito de satisfação das necessidades básicas*”. *Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro - 2010, pg. 300.

³²⁷ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2011, pg. 247.

³²⁸ “*O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é pois homogênea ao desenvolvimento das coisas*”. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 11ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2006, pg. 134.

que, como se verá, diversos autores costumam atribuir grande carga de historicidade ao mínimo existencial, dizendo, basicamente, que a ideia de vida humana digna variaria de acordo com aspectos históricos e, por consequência, variariam as prestações a ela imprescindíveis³²⁹. Para estes autores, o mínimo existencial seria uma noção, não um conceito. Esta concepção será discutida ao longo deste trabalho.

3.2. A origem: os direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn

Os autores que se debruçam sobre o tema do mínimo existencial geralmente costumam apontar-lhe um fundamento filosófico na identificação de sua origem, fundamento este encontrável na obra de diversos filósofos do direito. Assim o fazem, por exemplo, Fernando Fróes de Oliveira³³⁰, Ana Paula de Barcellos³³¹ e Ricardo Lobo Torres³³². Todos estes três autores, entre outros que citam³³³, fazem referência a John Rawls.

Como se sabe, John Rawls está entre os autores que formulam uma teoria procedimentalista de justiça, segundo a qual, grosso modo, justiça equivaleria a equidade. Segundo seu pensamento, para que numa dada sociedade haja efetiva equidade, far-se-ia imprescindível, entre outras coisas, que o Estado garantisse a todos os cidadãos um conjunto de condições materiais indispensáveis ao seu desenvolvimento e, pois, ao exercício de sua liberdade³³⁴. A este conjunto de condições, que Barcellos entende

³²⁹ “É certo que o padrão de desenvolvimento econômico e social, os valores culturais e outros dados identificadores de determinada sociedade influenciam fortemente – mesmo em um contexto de globalização econômica, cultural e jurídica – a compreensão do que se possa considerar, por exemplo, um nível aceitável de bem-estar social, ou do que se possa reconhecer como necessidades básicas para que se considere respeitada e protegida a dignidade humana. Não obstante, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana postulam, qualquer que seja o nível de desenvolvimento econômico e social, a proteção do Estado, em situações extremas, que, se é certo que ocorrem com mais frequência em sociedades pobres, não são inexistentes em sociedades ricas e com menor grau de desigualdades sociais.” Eurico Bitencourt Neto, *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pg. 114.

³³⁰ Fernando Fróes Oliveira, *Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2013.

³³¹ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2011, págs. 139 a 159.

³³² Ricardo Lobo Torres, *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro - 2010, pp. 587/599, pg. 313.

³³³ São citados, além de John Rawls, Jürgen Habermas, Michael Walzer e Richard Posner.

³³⁴ “A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura”. Ana Paula de Barcellos, op. cit., pg. 148.

corresponder ao mínimo existencial, Rawls deu o nome de “mínimo social”. São suas as seguintes palavras:

“O principal problema da justiça distributiva é a escolha de um sistema social (...). Em primeiro lugar, presumo que a estrutura básica é regulada por uma constituição justa que assegura as liberdades de cidadania igual (já descritas no capítulo anterior). A liberdade de consciência e de pensamento são pressupostas, e o valor equitativo da liberdade política é assegurado. O processo político é conduzido, até onde permitem as circunstâncias, como um procedimento justo para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação justa. Também suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. (...) Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo)”³³⁵.

Para os fins deste trabalho, entretanto, interessam-nos mais os fundamentos propriamente jurídico-dogmáticos do mínimo existencial. Conforme relata Eurico Bitencourt Neto³³⁶, a ideia de mínimo existencial teve origem na Alemanha e começou a ser formulada pela doutrina daquele país ainda no começo da década de 1950. Ingo Sarlet atesta que o primeiro autor a tratar do tema foi Otto Bachof, que passou a sustentar que a cláusula da dignidade da pessoa humana da constituição alemã (art. 1º, inciso I) não significava apenas a garantia da liberdade dos cidadãos, abrangendo também

³³⁵ John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2002, págs. 303 e 304.

³³⁶ Eurico Bitencourt Neto, *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010, pg. 54 a 57.

um mínimo de segurança social e os recursos materiais a tanto necessários, sem o quê a dignidade de um determinado indivíduo ficaria reduzida a nada³³⁷.

Por esta razão, ainda segundo aquele autor, os direitos à vida e à integridade corporal, previstos no art. 2º, inciso II, da Lei Fundamental, não teriam apenas a função de direitos de defesa contra o Estado, no sentido de serem proibições à destruição da existência. Referidos direitos assumiriam, também, a função de impor ao Poder Público uma postura ativa, consistente em garantir a sobrevivência digna mediante prestações materiais³³⁸.

Ingo Sarlet segue contando-nos a história para dizer que, pouco tempo depois da publicação do pensamento de Bachof, mais precisamente no ano de 1954, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha (*Bundesverwaltungsgericht*) reconheceu aos indivíduos carentes a existência de direito subjetivo em face do Estado a prestações materiais necessárias à existência digna³³⁹, decorrente diretamente da constituição.

A tese em questão, entretanto, só veio a ser acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) mais de 20 anos depois³⁴⁰. Data de 1975 a primeira decisão daquela Corte Constitucional afirmando ser a assistência aos necessitados dever do Estado³⁴¹. Com fundamento na cláusula constitucional da dignidade humana e do Estado Social, reconheceu-se o dever do Poder Público de garantir um mínimo de prestações materiais indispensáveis à existência digna àqueles que não fossem capazes de prover seu próprio sustento. Com base neste entendimento, o Tribunal Constitucional Federal declarou a inconstitucionalidade por omissão de norma que dizia que cidadãos órfãos só poderiam receber determinado benefício estatal até completarem 25 anos de idade, ainda que fossem portadores de deficiências físicas ou mentais que lhe

³³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, ed. 11ª, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 317.

³³⁸ Idem, pg. 318.

³³⁹ Ingo Sarlet, op. cit., pg. 318.

³⁴⁰ Robert Alexy cita uma decisão anterior a 1975 do TCF alemão, também acerca da assistência social, na qual aquela corte constitucional teria se pronunciado de forma ambígua, mas já abrindo caminho para o reconhecimento do mínimo existencial (*BVerfGE 1, 97*). A corte, então, se manifestou no sentido de que a cláusula da dignidade humana da Lei Fundamental, a princípio, não obrigaria o Estado a fornecer nenhuma prestação material aos indivíduos, o que só ocorreria na hipótese excepcional de o legislador se abster arbitrariamente (sem razões objetivas) de realizar esse dever. Op. cit., pg. 436.

³⁴¹ *BVerfGE 40, 121*, conforme citação de Ingo Sarlet, op. cit. pg. 318.

impedisse de garantir o próprio sustento³⁴². Ingo Sarlet traduz e transcreve trecho bastante elucidativo daquela decisão: “*certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. (...) Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna (...)*”³⁴³.

Após aquela primeira decisão, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão se firmou no sentido da existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial. Trata-se, segundo Robert Alexy, de um direito fundamental social não escrito, criado por meio da interpretação de outras normas da Constituição alemã³⁴⁴ e que de modo nenhum pode ser considerado óbvio, isto é, claramente existente³⁴⁵.

Em sendo a dignidade da pessoa humana norma basilar da ordem jurídica germânica e determinando a Constituição que nenhum direito fundamental poderia ser restringindo para alguém de seu conteúdo essencial, a liberdade de conformação do legislador encontraria seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não fosse respeitado³⁴⁶. Desrespeitado este limite, a jurisdição constitucional estaria habilitada a intervir. Percebe-se, assim, que a ideia de mínimo existencial desde sua origem exerceu uma função que chamaremos autorizativa.

Desde já se faz importante pontuar dois aspectos da formulação acima. O primeiro deles consiste no fato, muito bem apontado e percebido pela jurisprudência alemã, de que sem um mínimo de condições materiais não se faz possível a existência humana digna. Trata-se de constatação inarredável, que serviu de fundamento à formulação de Bachof, e, muito embora seja verdade que possa haver grande discussão

³⁴² SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Fundação Konrad-Adenauer, Montevidéu – 2005, págs. 827 a 829.

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ Notadamente as cláusulas da dignidade humana e do Estado Social, conjugada, ao que nos parece, com a cláusula da vedação à violação do conteúdo essencial.

³⁴⁵ “*Diante disso, é possível afirmar que existe ao menos um direito fundamental social não-escrito, isto é, que se funda em uma norma atribuída por meio de interpretação a um dispositivo de direito fundamental (...). Não é nenhuma obviedade que, sob uma Constituição que não o garante expressamente, a existência de um direito subjetivo ao mínimo existencial, em nível constitucional, seja maciçamente sustentada pela jurisprudência e pela doutrina*”. Robert Alexy, op. cit., pg. 437.

³⁴⁶ Ingo Sarlet, op. cit., pg. 320.

acerca da extensão deste conjunto mínimo, a nós nos parece que sempre será possível a identificação de um núcleo acima de qualquer questionamento. Ana Paula de Barcellos formula da seguinte forma esta ideia:

“Os cétricos poderiam supor que apenas se substituiu o termo impreciso ‘dignidade humana’ por outro igualmente indefinido: ‘conteúdo mínimo da dignidade’. Não é verdade. (...) Não há quem possa, com seriedade intelectual, afirmar, por exemplo, que uma pessoa tem sua dignidade respeitada se não tiver o que comer ou o que vestir, se não tiver oportunidade de ser alfabetizada, se não dispuser de alguma forma de abrigo”.³⁴⁷

O segundo destes aspectos consiste no fato de que a formulação de Bachof se fez necessária justamente porque a Lei Fundamental de Bonn não prevê expressamente quase nenhum direito social a prestações materiais, não havendo, por exemplo, o direito fundamental a um salário mínimo, à previdência social ou mesmo à assistência social, como existe no Brasil³⁴⁸. A bem da verdade, até o início da década de 1960, nem sequer havia legislação infraconstitucional de assistência social na Alemanha, por mais incrível que isto possa nos soar³⁴⁹. Segundo Andreas J. Krell, a não inclusão de direitos sociais na Lei Fundamental de Bonn se deveu às más experiências vividas na vigência da Constituição de Weimar de 1919³⁵⁰.

³⁴⁷ Ana Paula de Barcellos, op. cit., págs. 297 e 298.

³⁴⁸ “A Constituição alemã é bastante cautelosa ao formular direitos a prestações. (...) Baseando-se apenas no texto da Constituição apenas no texto da Constituição alemã, é possível encontrar como formulação explícita de um direito fundamental social no sentido de um direito subjetivo a uma prestação apenas o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, §4º, da Constituição alemã). Nesse sentido, uma interpretação dos direitos fundamentais da Constituição alemã que pretenda fundamentar direitos subjetivos a prestações no nível constitucional está obrigada a atribuir tais normas a dispositivos que não expressam normas que garantem direitos subjetivos a prestações”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, pg. 434 a 435.

³⁴⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., pg. 318.

³⁵⁰ “A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da “segunda geração” (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência, etc., fato este que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações no seu texto. No entanto, para a doutrina alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta “fracassada” que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. (...) Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora”. Andreas J. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – 2002, pg. 46.

Em um contexto que tal, fez-se necessária a formulação de doutrina que pudesse dar alguma proteção material aos cidadãos diretamente decorrente da Constituição e, por consequência, independentemente da vontade do legislador ordinário. Esta necessidade foi suprida a partir de cláusulas constitucionais então existentes, como aquelas constantes do art. 19, inciso II da LF (cláusula da proteção do conteúdo essencial) e do art. 20 (segundo o qual Alemanha é um Estado Social) e, principalmente, a disposição do artigo art. 1º, inciso I, segundo o qual a dignidade da pessoa humana é um valor intangível, sendo dever de todo o Poder Público respeitá-la e protegê-la³⁵¹.

Reputamos muito importante este apontamento, já que ele, por si só, põe em dúvida a própria utilidade da noção ou conceito de mínimo existencial no Brasil, onde, como se sabe, há um extenso rol de direitos sociais a prestações materiais previstos na Constituição³⁵². Trata-se de questionamento que procuraremos responder mais à frente neste trabalho.

3.3. A dupla dimensionalidade da ideia de mínimo existencial e a jurisprudência alemã

Como já dissemos, após a mencionada decisão de 1975, a ideia de mínimo existencial consolidou-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, conforme se verificará em algumas decisões que mencionaremos a seguir. Antes, porém, necessário esclarecer uma distinção. É que a ideia de mínimo existencial, enquanto conjunto de prestações materiais indispensáveis à sobrevivência humana digna, pode assumir pelo menos duas dimensões.

Segundo a melhor doutrina, se não todos, pelo menos a grande maioria dos direitos fundamentais, possuem sempre dois aspectos, impondo ao Estado tanto deveres de omissão quanto de ação. Em outras palavras, todos os direitos fundamentais trazem em si ao mesmo tempo uma dimensão negativa e uma dimensão positiva, sendo

³⁵¹ “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.”

³⁵² Trata-se de questionamento formulado também por Ingo Sarlet: “Aspecto digno de nota, neste contexto, diz respeito ao questionamento de se a existência, no âmbito da Constituição, de um extenso catálogo de direitos sociais em espécie, que, em geral, cobre o conteúdo que usualmente se atribui ao mínimo existencial (...), não torna este último desnecessário (...)”. Op. cit., pg. 323.

simultaneamente direitos de defesa e direitos a prestações em sentido amplo, ainda que uma destas funções prevaleça e sirva, assim, para determinar sua classificação³⁵³.

Exemplificamos. Ninguém discorda que o direito à liberdade de expressão é direito fundamental dito de primeira geração e, pois, classificado como típico direito de defesa, visto que sua função principal é obviamente impedir a intromissão indevida do Estado e de outros cidadãos na manifestação das ideias e opiniões de seus cidadãos. Ocorre que a garantia efetiva deste direito também demanda prestações positivas do Estado e, portanto, custos, nisto residindo sua dimensão positiva. É que sem a manutenção de forças públicas de segurança e do próprio Poder Judiciário, não haveria como se garantir efetivamente a liberdade de expressão no seio de uma determinada sociedade.

Obviamente os custos necessários à garantia de um direito de defesa, como é o direito à liberdade de expressão, são muitas vezes desconsiderados, já que inerentes à própria existência do Estado³⁵⁴. Por esta razão, não há dúvidas em classificá-lo como típico direito de defesa, já que sua função negativa é absolutamente sobressalente em relação a sua função positiva³⁵⁵.

O mesmo pode ser dito, em sentido inverso, no que respeita aos direitos sociais a prestações materiais, do que é exemplo o direito à moradia³⁵⁶. Se é que se pode retirar do art. 6º, caput, da Constituição Federal a existência de eventual direito individual a

³⁵³ “Além disso, não deixamos de reconhecer – muito antes pelo contrário, sempre assim o sustentamos – que um direito de defesa (negativo) pode ter uma dimensão positiva correlata, assim como aos direitos prestacionais (positivos) corresponde uma dimensão negativa. Assim, verifica-se que os direitos fundamentais, de modo geral, possuem uma *dúplice função negativa e positiva*”. Ingo Wolfgang Sarlet, op. cit., pg. 204.

³⁵⁴ Idem, pg. 286.

³⁵⁵ “Embora seja correta a tese de que a realização de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro. (...) A manutenção de instituições políticas, por exemplo, não é um gasto a ser computado somente para a garantia de direitos políticos. Pensar de outra forma seria um equívoco, pois partiria do pressuposto de que as instituições e os direitos políticos são fins em si mesmos. Por isso, os gastos com a manutenção das instituições políticas são gastos que abrangem a realização tanto dos direitos políticos, quanto dos direitos sociais e econômicos. O mesmo vale para os gastos com a manutenção de instituições judiciais. Diante disso, esses “gastos institucionais” devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro.” Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel, coordenadores, *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 593.

³⁵⁶ O exemplo também é de Ingo Sarlet (op. cit., pg. 204), que tomamos emprestado sem, entretanto, admitir que dos termos da Constituição decorra necessariamente direito individual à concessão de moradias aos cidadãos.

ações estatais no sentido de fornecer moradia aos cidadãos, sendo este seu aspecto positivo, é fato também que desta previsão constitucional se poderia retirar fundamento para impedir que a única moradia de uma determinada pessoa seja, por exemplo, tomada pelo Estado para o pagamento de tributos, ou por particulares para o pagamento de outras dívidas, sendo esta sua dimensão negativa.

Pois bem. Tendo isto em mente, a doutrina e a jurisprudência alemãs logo apontaram o fato de que também o direito ao mínimo existencial, enquanto expressão do direito fundamental à garantia da dignidade humana, seria dotado simultaneamente destas duas dimensões, positiva e negativa. Em termos mais simples, ao mesmo tempo em que a ideia de mínimo existencial poderia servir para fundamentar o dever do Estado de agir positivamente, poderia também ser invocada enquanto direito de defesa, a fim de limitar a atuação do Estado ou dos particulares.

Na doutrina brasileira, esta dupla dimensionalidade da noção/conceito de mínimo existencial foi muito bem explicada por Ricardo Lobo Torres, segundo quem o mínimo existencial seria composto por um *status negativus* e um *status positivus*³⁵⁷. O *status negativus* (ou dimensão negativa) consistiria em autêntico direito de defesa do cidadão contra o Estado por meio do qual lhe seria impedido retirar dos cidadãos os meios de subsistência de que já disponham, seja em virtude de obtenção por meios próprios, seja em virtude de ação anterior do próprio Estado. Esta dimensão se manifestaria, por exemplo, em algumas imunidades tributárias e na impenhorabilidade do bem de família, entre outras coisas. Esta perspectiva seria adequada, fundamentalmente, para a avaliação de ações estatais.

O *status positivus* (ou dimensão positiva), por sua vez, consistiria justamente no conjunto de prestações materiais que o Estado deve necessariamente fornecer gratuitamente aos cidadãos que não o puderem obter por contra própria, a fim de garantir-lhes a preservação da dignidade humana. De acordo com esta perspectiva, seria possível questionar omissões estatais³⁵⁸.

³⁵⁷ *O Direito ao Mínimo Existencial*, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2009. O autor, tributarista que é, foca este seu trabalho na dimensão negativa do mínimo existencial.

³⁵⁸ *Idem*, págs. 241 a 271. A bem da verdade, este autor fluminense divide o *status positivus* em *status positivus libertatis* e *status positivus socialis*, referindo-se o primeiro a algumas prestações materiais indispensáveis ao exercício dos direitos a liberdades fundamentais dos cidadãos e o segundo especificamente

Pois bem. Conforme se verá a seguir, na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, de acordo com algumas decisões que pudemos verificar, parece haver um predomínio da utilização da noção/conceito de mínimo existencial a partir de sua função negativa, isto é, para a declaração de inconstitucionalidade de atos estatais que teriam privado os cidadãos de condições mínimas de subsistência, seja através da tributação, seja através da supressão de benefícios existentes. A utilização da noção/conceito para declarar omissões estatais parece ocorrer em menor número. Esta circunstância, se confirmada, por si só já configuraria marcante diferença em relação à jurisprudência brasileira, conforme procuraremos demonstrar adiante.

Assim é que, tendo a Corte Constitucional alemã, em 1975, afirmado a existência do direito ao mínimo existencial em sua dimensão positiva (quando do julgamento do *BVerfGE 40,121*³⁵⁹), Ingo Sarlet cita pelo menos outros dois precedentes em que aquela corte se valeu da ideia de mínimo existencial³⁶⁰ a partir de sua dimensão negativa, isto é, utilizando o mínimo existencial como autêntico direito de defesa. Com efeito, tanto no *BVerfGE 82,70* quanto no *BVerfGE 87,153*, o Tribunal Constitucional entendeu que a tributação estatal não poderia incidir sobre valores mínimos indispensáveis à manutenção da existência digna dos cidadãos.

Mais recentemente, em caso que ganhou certa notoriedade, o Tribunal Constitucional Federal alemão reafirmou a existência do mínimo existencial em alguns outros precedentes, utilizando a ideia igualmente em seu sentido negativo. Beatriz Bastide Horbach, em artigo muito interessante³⁶¹, analisa uma decisão proferida no início do ano de 2010, que passou a ser conhecida pelo nome de caso Hartz IV (*BVerfGE, 1 BvL 1/09*). Esta análise é muito elucidativa acerca da forma pela qual a Corte Constitucional alemã se vale da ideia de mínimo existencial³⁶².

às prestações entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e à seguridade social (pg. 241 e 271). Para o autor, apenas os primeiros seriam propriamente direitos fundamentais.

³⁵⁹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Fundação Konrad-Adenauer, Montevidéu – 2005, págs. 827 a 829.

³⁶⁰ São eles: *BVerfGE 82,60* e *BVerfGE 87,153*. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 11a edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre - 2012, pg. 318.

³⁶¹ *Benefícios Sociais e a Garantia do Mínimo Existencial: o Caso Hartz IV*, Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/446/287>.

³⁶² “Em 09 de fevereiro de 2010, o Tribunal Constitucional Federal alemão julgou um dos casos mais polêmicos dos últimos tempos: o caso Hartz IV. Esse julgamento tornou-se imediatamente relevante por diversos aspectos constitucionais, como o fato de o Tribunal ter voltado a manifestar-se sobre o mínimo

Relata-nos a autora que em meados dos anos 2000, um membro do governo alemão chamado Peter Hartz apresentou ao chanceler Gerhard Schröder um pacote de mudanças legislativas que tinha por intuito tornar a economia alemã mais competitiva e dinâmica, as quais restaram aprovadas pelo parlamento. Entre estas mudanças, constava uma unificação de benefícios assistenciais que, na prática, acabava por reduzir seu valor, estabelecendo, por exemplo, que pessoas que não tinham condições de trabalhar receberiam uma quantia mensal de 345 euros (a partir de 1º de julho de 2006) e mais 60% deste valor por cada dependente seu fosse menor de 14 anos de idade³⁶³. Como consequência, diversos particulares recorreram aos tribunais sociais³⁶⁴, requerendo o aumento do valor dos benefícios, sob o argumento de que os novos valores não eram suficientes para a garantia de uma sobrevivência digna.

Quando estas questões chegaram à apreciação do Tribunal Constitucional Federal (TCF), aquela corte reafirmou a existência do direito ao mínimo existencial, decorrente do art. 1º da Lei Fundamental (que, como dito, afirma a dignidade da pessoa humana como inviolável), reconhecendo que *“a garantia constitucional de preservação de um mínimo existencial refere-se ao que é considerado essencialmente necessário à manutenção de uma vida humana”*, além de pontuar que este conjunto de elementos necessários a tanto *“abrange não apenas a existências física do homem, ou seja, alimentação, vestuário, moradia, higiene pessoal e saúde, mas também a sua vida social, cultural e política, já que o homem, como pessoa, possui, naturalmente, relações sociais”*³⁶⁵.

Com base neste parâmetro, o TCF entendeu que o limite fixo de 60% do benefício-padrão para crianças de até 14 anos de idade seria inconstitucional, por não ser suficiente para à manutenção da existência digna das crianças. Isto porque, os menores de idade não poderiam ser tratados simplesmente como “pequeno adultos”, tendo necessidades específicas, entre as quais a compra de material escolar, etc. A não atenção a esta circunstância significaria *“incentivar a exclusão de crianças carentes a oportunidades*

existencial. Também, por ter declarado a inconstitucionalidade de dispositivos de uma lei, não estabelecendo, entretanto, sua nulidade, e postergando seus efeitos para o futuro. Concedeu, com isso, prazo ao legislador para que esse a altere e deixe-a compatível com a Lei Federal”. Idem, pg. 01.

³⁶³ Idem, pg. 06.

³⁶⁴ Na Alemanha existe uma Justiça especializada em questões deste tipo.

³⁶⁵ Beatriz Bastide Horbach, op. cit., pg. 09.

de vida”³⁶⁶. Em mais simples palavras, a Corte Constitucional declarou a nova legislação de benefícios assistenciais inconstitucional, por tê-los reduzido aquém do mínimo existencial.

Cumpre-nos mencionar aspecto muitíssimo interessante acerca desta decisão: nada obstante tenha aquela Corte declarado a inconstitucionalidade da norma legal, entendeu também que não tinha condições de definir qual seria o valor adequado dos benefícios em questão, seja porque referida definição demandava estudos técnicos, seja porque o legislador teria a sua disposição, e de acordo com a sua discricionariedade, diversos modos de superar a inconstitucionalidade em questão³⁶⁷. Por esta razão, o TCF limitou-se a fixar um prazo para o parlamento corrigir a inconstitucionalidade em tela, não concedendo, assim, qualquer efeito retroativo a sua decisão³⁶⁸.

Como dissemos acima, acreditamos que o precedente que acabamos de citar é bastante significativo da forma pela qual o Tribunal Constitucional alemão utiliza a ideia de mínimo existencial e atua em relação aos direitos sociais a prestações materiais. Isto porque, muito embora tenha o Tribunal dado ao mínimo existencial um conteúdo até certo ponto abrangente nesta decisão - considerando-o não restrito às prestações necessárias à sobrevivência fisiológica -, percebe-se que o reconhecimento de sua existência não fez com que aquela corte deixasse de atuar de modo autocontido e com grande deferência para com o legislador, em virtude, inclusive, do reconhecimento de suas limitações técnicas e do vislumbre das consequências financeiras de suas decisões.

³⁶⁶ *Idem*, pg. 12.

³⁶⁷ “Com estes argumentos, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou que os artigos da Lei do Hartz IV seriam incompatíveis com a Lei Fundamental, logo, inconstitucionais. Entretanto, uma declaração de nulidade desses dispositivos poderia implicar em uma situação pior da já existente, e o legislador possui, sem dúvidas, muitas alternativas para fazer com que tais previsões não sejam incompatíveis com o art. 1, I, GG c/c art. 20, I, GG. (...) O Tribunal Constitucional não tem poderes para, de acordo com suas próprias avaliações e estimativas, estabelecer ele mesmo um benefício específico. Isso é atribuição do legislador, de modo que o Tribunal declarou que as disposições inconstitucionais deverão permanecer aplicáveis, até uma nova regulamentação seja criada”. *Idem*, pg. 13.

³⁶⁸ “Foi fixado o limite de 31 de dezembro de 2010 para que o legislador aprove um benefício-padrão compatível com a Lei Fundamental. O prazo foi considerado suficiente para a introdução de um novo processo para aferição da realidade de fixação, de modo que o benefício possa garantir, conseqüentemente, um mínimo existencial válido de uma grande parcela da população. Frise-se, também, que foi consignado que a Lei Fundamental não obriga o legislador a estender retroativamente esses benefícios à entrada em vigor da Lei do Hartz IV. Foi indicado que a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que a irretroatividade não precisa ser observada, quando essa for bastante prejudicial ao planejamento orçamentário e os direitos constitucionais em questão ainda não tenham sido suficientemente esclarecidos”. *Idem*.

IV – O MÍNIMO EXISTENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

4.1. Introdução: base da pesquisa jurisprudencial

A fim de verificar, como nos dispomos no presente trabalho, se a ideia de mínimo existencial pode ter alguma utilidade enquanto parâmetro para a jurisdição constitucional relacionada a direitos sociais e, pois, como instrumento de autocontenção, no capítulo anterior traçamos um brevíssimo panorama de sua origem. Seguindo, este quinto capítulo de nossa pesquisa tem por objetivo traçar as linhas gerais acerca da utilização da ideia de mínimo existencial na jurisprudência brasileira.

Para tanto, analisaremos algumas decisões dos seguintes tribunais brasileiros, nesta ordem: Tribunal de Justiça de São Paulo, de alguns Tribunais Regionais Federais (sobretudo o da 3ª Região), Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Em todos eles, buscaremos principalmente decisões em que a expressão “mínimo existencial” tenha constado das ementas dos acórdãos. Longe de pretendermos esgotar toda a jurisprudência sobre o assunto, acreditamos que a pesquisa realizada nos termos a seguir é capaz de fornecer um panorama seguro da forma de utilização da ideia no Brasil, com ênfase no Estado de São Paulo.

4.1.1. O mínimo existencial na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo no dia 12 de novembro de 2015, pudemos encontrar 1.063 acórdãos nos quais houve a citação da expressão “mínimo existencial” no corpo das ementas. Em se considerando apenas as decisões proferidas pelas Câmaras de Direito Público e pelo Órgão Especial daquela corte, chegamos ao número de 920 acórdãos, sendo 634 das primeiras e 286 do último.

A análise destas decisões nos parece bastante reveladora. Dos 634 acórdãos proferidos pelas Câmaras de Direito Público, apenas 15 tratavam de direitos outros que não o direito à saúde. Entre estas 15 decisões mencionadas, encontramos, sobretudo, casos em que a ideia de mínimo existencial foi utilizada para afirmar a impenhorabilidade - prevista em lei, diga-se de passagem - de verbas salariais, da

poupança ou do bem de família³⁶⁹. Em outro destes casos, por exemplo, a ideia de mínimo existencial foi invocada igualmente para reforçar determinação legal para o atendimento prioritário de uma mulher, que era responsável sozinha pelo sustento de sua casa, em política pública de moradia chamada “locação social”³⁷⁰.

Como já dito, excluindo-se estas poucas exceções, todos os demais 619 acórdãos proferidos pelas Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo em que houve a menção ao mínimo existencial na ementa tratavam de pedidos de concessão de medicamentos, órteses (cadeiras de roda e aparelhos auditivos, por exemplo) ou tratamentos médico-hospitalares. Esta constatação, a nosso ver, ratifica o que já afirmamos anteriormente: o problema da adjudicação do direito à saúde é, de longe, o que traz mais desafios à realidade brasileira atual no que respeita aos direitos sociais.

A análise destas muitas decisões reforça ainda outra circunstância já apontada neste trabalho, de que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo é extremamente benevolente no que respeita ao direito à saúde. De fato, verifica-se nestes acórdãos a concessão dos mais diversos tipos de medicamentos, órteses e tratamentos médicos. Em vários casos, a concessão se destinava ao tratamento de doenças graves (como, por exemplo, um tipo de câncer com metástase³⁷¹), nos quais o fornecimento do medicamento pleiteado foi posto como essencial à manutenção da vida do requerente³⁷². Não há dúvidas de que em virtude de sua íntima ligação com a própria manutenção da

³⁶⁹ Apenas como exemplo, ver a apelação n. 0013219-06.2009.8.26.0248, 9ª Câmara de Direito Público, julgada em fevereiro de 2014, assim ementada: **TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. CARACTERIZAÇÃO.** 1. A proteção ao bem de família possui assento constitucional no direito social à moradia (art. 6º CF) e constitui materialização do patrimônio mínimo da pessoa, que visa assegurar o chamado "mínimo existencial", como afirmação do princípio da dignidade humana. 2. O imóvel destinado à residência familiar é impenhorável, salvo quando caracterizada alguma das hipóteses excepcionais previstas no art. 3º da Lei nº 8.009/90. Imóvel caracterizado como bem de família. Impenhorabilidade. Reexame necessário, considerado interposto, e recurso desprovidos.

³⁷⁰ Trata-se do agravo de instrumento n. 2160944-20.2015.8.26.0000, julgado pela 4ª Câmara de Direito Público, em setembro de 2015, em cuja ementa consta a interessante afirmação de que o direito ao mínimo existencial coincide com o interesse público primário.

³⁷¹ Por exemplo, a apelação n. 1006938-43.2014.8.26.0506, julgada pela 1ª Câmara de Direito Público em setembro de 2015, na qual foi concedido medicamento para o tratamento de “neoplasia do cólon com metástase hepática (CID C.18.9)”.

³⁷² Por exemplo, a decisão da 2ª Câmara de Direito Público do TJ/SP no agravo de instrumento nº 0237360-68.2012.8.26.0000, cuja ementa é a seguinte: *AGRAVO DE INSTRUMENTO. Obrigação de fazer. Direito à saúde. Mínimo existencial. Possibilidade de perecimento da vida. Deferimento para continuidade de tratamento perante a Secretaria de Saúde conforme era realizado antes da interrupção injustificada. RECURSO PROVIDO.*

vida, demandas ligadas ao direito à saúde representa campo especialmente fértil para a aplicação da ideia de mínimo existencial.

Mas é interessante notar que a ideia em tela também foi invocada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em casos em que o fornecimento das prestações requeridas não foi posta como questão de vida ou morte (doenças menos graves). Assim foi que, sob o mesmo argumento de que “*no quadro da tutela do mínimo existencial, não se justifica inibição à efetividade do direito ofendido sob os escudos de falta de padronização ou de inclusão dos bens em lista oficial de limitações orçamentárias e de aplicação da teoria da reserva do possível*”, a 1ª Câmara de Direito Público houve por bem conceder medicamentos para o tratamento de "transtorno de déficit de atenção e hiperatividade – TDAH (CID 10-F.90.0)"³⁷³, para o tratamento de psoríase vulgar³⁷⁴ e mesmo suplementos vitamínicos para autor hipossuficiente que havia passado por uma cirurgia bariátrica³⁷⁵. Podem ser encontradas, ainda, dezenas de decisões das Câmaras de Direito Público do TJ/SP que, sob o fundamento do mínimo existencial, concederam diversos tipos de insulinas análogas e insumos úteis a sua ministração, como agulhas, canetas e bombas de infusão³⁷⁶.

Mencionadas decisões, referentes ao direito à saúde, demonstram claramente que prevalece no Tribunal de Justiça de São Paulo o entendimento de que toda e qualquer prestação de medicamentos estaria abrigada no direito constitucional à saúde e este direito, como um todo, estaria contido na ideia de mínimo existencial³⁷⁷. De fato, algumas decisões parecem assumir explicitamente este posicionamento³⁷⁸.

Entre as 286 decisões proferidas pelo Órgão Especial em que houve a menção expressa à ideia de mínimo existencial - além de casos em que a ideia de mínimo

³⁷³ Apelação nº 1005794-98.2014.8.26.0032, julgada em outubro de 2015 pela 1ª Câmara de Direito Público.

³⁷⁴ Apelação nº 0027686-33.2011.8.26.0114, julgada em maio de 2013.

³⁷⁵ Apelação nº 0002974-74.2013.8.26.0383, julgada em setembro de 2015.

³⁷⁶ Neste sentido, por exemplo, as apelações 0006569-72.2011.8.26.0053 e 1000037-33.2015.8.26.0568.

³⁷⁷ O entendimento de que o mínimo existencial abrange todo o conteúdo possível dos direitos sociais é uma das três acepções desta ideia que Virgílio Afonso da Silva encontra na doutrina. Uma das outras duas, à qual daremos bastante atenção mais à frente, identifica mínimo existencial com o conteúdo essencial dos direitos sociais. *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo - 2011, pg. 204/205.

³⁷⁸ Apelação n. 0001639-08.2014.8.26.0602, 2ª Câmara de Direito Público, assim ementada: *APELAÇÃO. (...) Pretensão ao fornecimento de medicamentos e insulinas não padronizadas. Possibilidade. Inteligência do art. 196 da CF/1988. Indisponibilidade do direito à saúde, componente do mínimo existencial. Sentença mantida, com observação. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDOS.*

existencial foi utilizada apenas lateralmente³⁷⁹ - é possível encontrar diversas decisões referentes ao direito à saúde na forma de concessão de medicamentos³⁸⁰. Apenas como exemplo, citamos um agravo regimental, julgado recentemente, em que o Órgão Especial manteve liminar que determinava o fornecimento de uma “cadeira de rodas motorizada, com joystick”, sob o argumento de que, “*na ponderação dos bens em conflito*” (normas orçamentárias vs. mínimo existencial), deveria haver a “*preponderância da tutela do mínimo existencial*”³⁸¹.

Com exceção destas e de algumas poucas outras, todas as demais decisões, com poucas variações, se referem a hipóteses em que o Órgão Especial entendeu possível o sequestro de verbas públicas para o pagamento de precatórios fora da ordem cronológica de apresentação prevista na Constituição Federal (art. 100, *caput*), sob o fundamento de que esta “quebra” da regra constitucional seria imprescindível para assegurar o mínimo existencial e, assim, garantir a dignidade humana dos beneficiados acometidos de doenças graves³⁸².

Neste sentido, por exemplo, foi denegada ordem em mandado de segurança impetrado pelo Estado de São Paulo contra decisão do Presidente do Tribunal, que deferiu pedido de sequestro de valores do Estado necessários à quitação de precatório alimentar em favor de pessoa acometida de uma moléstia gravíssima (câncer), cujos custos de tratamento eram altos e que teria alto grau de letalidade na ausência de tratamento adequado. No caso, os desembargadores entenderam plausível o sequestro, ainda que sem norma constitucional expressa que o amparasse, visto que o montante devido era necessário para “*assegurar-lhe um mínimo existencial, ou seja, para que tenha sua vida prorrogada em razão de um adequado tratamento médico*”³⁸³. Entendeu-se na ocasião que

³⁷⁹ Por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0188814.16.2011.8.26.0000, julgada em setembro de 2012.

³⁸⁰ Entre cerca de 20 outras, citamos os agravos regimentais 0004797-78.2007.8.26.0000 (julgado em dezembro de 2007) e 9036793-38.2007.8.26.0000, em que foram mantidas as decisões concessivas da prestações de saúde requeridas, pois as mesmas tutelariam “*o direito à vida do doente, com repercussão no “mínimo existencial”, corolário da dignidade humana*”.

³⁸¹ Agravo regimental n. 2081764-52.2015.8.26.0000, julgado pelo Órgão Especial do TJ/SP em maio de 2015.

³⁸² Importante notar que existe mais de uma centena casos idênticos, a maioria dos quais proferidos antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 62 de dezembro de 2009, que, alterando o §2º do art. 100 da CF, criou justamente a hipótese de preferência no pagamento de precatórios para idosos e pessoas acometidas de doenças graves, nos termos definidos em lei.

³⁸³ Trata-se do mandado de segurança n. 9056480-64.2008.8.26.0000, julgado em junho de 2009 e assim ementado: Mandado de Segurança. Sequestro de rendas do Estado para pagamento de precatório, fundado em motivo humanitário, consistente em ser o credor acometido de moléstia gravíssima (câncer). Construção

esta circunstância deveria preponderar sobre normas de “menor dimensão”, como são aquelas relacionadas às finanças públicas.

Importante pontuar, desde já, que em todas estas decisões até agora mencionadas, sejam das Câmaras de Direito Público, seja do Órgão Especial, a ideia de mínimo existencial foi utilizada sempre como justificativa ou argumento autorizativo para a concessão pelo Poder Judiciário da medida requerida - seja ela a constrição de valores pecuniários, seja ela a prestação relativa ao direito à saúde. Trata-se de constatação de grande interesse para fins deste trabalho, como se verá.

Há um caso, entretanto, do ano de 2012, em que a ideia de mínimo existencial foi invocada na forma de limite à atuação do Judiciário; isto é: mencionou-se a ideia de mínimo existencial justamente para o indeferimento da prestação pleiteada. Trata-se de um mandado de segurança impetrado por idoso que, com base no que dispõe o §2º do art. 100 da CF, de acordo com a redação dada pela EC 62/2009³⁸⁴, pleiteava o pagamento preferencial de precatório de que era credor. A Coordenadoria de Precatórios do TJ/SP havia recusado o pagamento preferencial sob o argumento de que o aposentado em questão já havia se valido do benefício da preferência no recebimento de precatório diverso.

Julgando o caso, a maioria dos desembargadores do Órgão Especial entendeu que o impetrante não fazia jus à preferência no caso em tela, porque a soma do valor a receber com os valores já recebidos anteriormente de modo preferencial extrapolava o limite previsto no §2º do art. 100 da CF (correspondente ao triplo do valor definido em lei para os ofícios requisitórios de pequeno valor). Entendeu o Tribunal, naquela oportunidade, que o montante correspondente a três vezes o limite dos requisitórios de pequeno valor era o “mínimo existencial” fixado constitucionalmente para o benefício da preferência, de modo que a corte não poderia exceder aquele patamar na

de natureza humanitária fundada no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e que visa assegurar o 'mínimo existencial' à pessoa, durante o período da moléstia. Princípio que orienta os demais princípios e regras constitucionais e que, pela preponderância, se sobrepõe sobre outras normas de menor dimensão, como são aquelas concernentes às finanças públicas. Precedente deste Tribunal. Segurança denegada.

³⁸⁴ CF, art. 100. § 2º. *Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.*

fixação do direito do autor³⁸⁵. Interessante notar que, na ementa da decisão em tela, o desembargador relator utilizou-se de brocardo latino que, ao nosso ver, expressa de alguma forma o espírito da ideia de mínimo existencial, ao menos em sua origem (enquanto autorização excepcional para a atuação judicial no vácuo de norma constitucional de eficácia plena): “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*” (as exceções devem interpretar-se estritissimamente).

4.1.2. O mínimo existencial na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais - o Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Uma análise geral da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais demonstra uma forma de utilização da ideia de mínimo existencial, em regra, semelhante à observada no Tribunal de Justiça de São Paulo. Neste sentido, grande parte dos acórdãos que citam a ideia de mínimo existencial proferidos por estas cortes se refere ao direito à saúde³⁸⁶ e, em na imensa maioria dos casos, houve a concessão das prestações requeridas, sempre sob o argumento de que imprescindíveis à dignidade humana. Na realidade, assim como ocorre no TJ/SP, parece prevalecer na jurisprudência dos TRF's o entendimento de que todo o direito a saúde (e, pois, toda e qualquer prestação a ele referente) estaria abrangido na ideia de mínimo existencial a autorizar a atuação “excepcional” do Poder Judiciário³⁸⁷.

³⁸⁵ Trata-se do mandado de segurança n. 0310797-79.2011.8.26.0000, julgado em setembro de 2012 e assim ementado: MANDADO DE SEGURANÇA ~ PRECATÓRIO - PREFERÊNCIA DO ART. 100, §2º, CF, A IDOSO - ATO DO DES. COORDENADOR DA DIRETORIA DE EXECUÇÃO DE PRECATÓRIOS - PREFERÊNCIA LIMITADA EM RAZÃO DE UTILIZAÇÃO EM OUTRO PRECATÓRIO - ILEGALIDADE - INEXISTÊNCIA - EXCEPTIONES SUNT STRICTISSIMAE INTERPRETATIONIS - INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL CORRETA. 1. Como exceção à regra geral, a preferência determinada pelo art. 100, §2º, da Constituição da República, deve ser interpretada restritivamente, conforme o preceito clássico já consolidado no art. 6º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil segundo o qual *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (interpretam-se as exceções estritissimamente). 2. O critério estabelecido pelo legislador constituinte não foi o de proporcionalidade objetiva porque, se assim fosse, o valor estabelecido para a preferência seria um percentual do valor total de cada débito. Mas assim não foi feito. Pelo contrário, fixou-se como um *mínimo existencial* o valor equivalente ao triplo dos débitos de pequeno valor. 3. Esta a interpretação que se amolda ao fim buscado pelo legislador constituinte e que melhor cumpre o princípio da dignidade da pessoa humana. Se é certo que a efetivação de direitos tem um custo financeiro, a exacerbação de preferências a qualquer grupo ou setor social prejudica toda a coletividade e esvazia outros direitos, sobretudo quando a essa exacerbação se chega mediante interpretação ampliativa de norma de exceção. 4. Mandado de segurança denegado.

³⁸⁶ Dos 160 acórdãos proferidos pelo TRF1 em que há a menção ao mínimo existencial, 139 se referem ao direito à saúde. No TRF2, a relação é de 170 para 102. No TRF4, de um total de 107 acórdãos, 41 tratam do direito à saúde e no TRF5 encontramos 80 neste último grupo em um universo de 93. Os temas tratados pelos TRF's sob o aspecto do mínimo existencial são claramente mais variados que os verificados no TJ/SP, havendo, por exemplo, um número bem maior de ações civis públicas.

³⁸⁷ Neste sentido, por exemplo, os seguintes acórdãos:

Muito embora não tenhamos podido encontrar acórdãos em que a ideia de mínimo existencial tenha servido para embasar a negativa da concessão de medicamentos ou tratamentos de saúde³⁸⁸, alguns acórdãos, sobretudo do TRF4, parecem indicar que os julgadores têm em mente a ideia de mínimo existencial como limite (ou, pelo menos, de que deve haver algum limite) à concessão de prestações de saúde, entendendo, por exemplo, que a concessão de medicamentos só pode se dar se provada sua atual necessidade e a impossibilidade de sua substituição por outro similar ou genérico, disponível nas listas oficiais³⁸⁹.

Mais especificamente na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pudemos encontrar, em novembro de 2015, 117 acórdãos em cuja ementa há menção à expressão “mínimo existencial”. A grande maioria destes acórdãos se referia a questões previdenciárias e em boa parte a ideia em tela foi utilizada como um argumento a mais para negar o recebimento do benefício assistencial de prestação continuada (CF, art. 203, V), visto ter ficado provado que o autor possuía “*renda familiar suficiente para garantir o mínimo existencial*”³⁹⁰.

TRF2, agravo de instrumento 5032871-24.2015.404.0000, julgado em 04/11/2015: “*Muito embora seja do Executivo e do Legislativo a atribuição de formular e implantar as políticas públicas na defesa da saúde da população, não pode o Poder Judiciário, em nome do princípio da separação dos poderes, se furtar das suas responsabilidades. Por essa razão, cabe ao Judiciário viabilizar a promoção do mínimo existencial, em face do qual não se admite qualquer alegação de irresponsabilidade por impossibilidade (reserva do possível)*”.

³⁸⁸ É possível encontrar acórdãos em que a ideia em tela foi utilizada para o não reconhecimento de outros direitos sociais em casos concretos, como por exemplo, o direito a extensão de benefício assistencial: TRF1, apelação n. 0051155-42.2011.4.01.9199, julgada em novembro de 2015.

³⁸⁹ Por exemplo, TRF2, apelação/reexame necessário n. 5000389-10.2013.404.7011, julgado em agosto de 2014, assim ementado: “*ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS OU TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. RESERVA DO POSSÍVEL. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. 1. União, Estados e Municípios detêm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas ações onde postulado o fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico. 2. Tratando-se de direito à saúde, porquanto essencial e incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira de pessoa estatal. 3. Os requisitos para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não ofertados pelo SUS são (a) comprovação da atual necessidade do medicamento/procedimento; (b) demonstração que o medicamento proposto é insubstituível por outro similar/genérico; (c) a prescrição do respectivo tratamento deverá ser feita, preferencialmente, por médicos credenciados ao SUS e, finalmente, (d) respectiva execução de perícia médico judicial para delimitar e observar as circunstâncias do caso concreto. 4. No caso, demonstrada a imprescindibilidade do tratamento especificado na proemial, consistente na conjugação da necessidade e adequação do fármaco e na ausência de alternativa terapêutica, no que mantida a sentença que determinou o fornecimento do medicamento pleiteado”.*

³⁹⁰ Apenas como exemplo: TRF3, apelação n. 0002389-79.2013.4.03.6111, julgada em novembro de 2014, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. IDOSO. REQUISITO SOCIOECONOMICO NÃO SATISFEITO. RENDA FAMILIAR SUFICIENTE PARA GARANTIR O MÍNIMO EXISTENCIAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Hipótese em que a decisão

Contrariando em certa medida tendência observada nos outros TRF's, apenas 15 acórdãos proferidos pelo TRF3, em que há a menção ao mínimo existencial, tratam do direito à saúde (em um universo de 117, como dito). Importante notar que em absolutamente nenhum deles a ideia em tela foi utilizada para negar a prestação requerida – ao menos expressamente (sob o entendimento de que a mesma extrapolava o estritamente necessário à garantia da vida humana digna). Dentre estas decisões, pudemos encontrar, por exemplo, ordens para o fornecimento das chamadas insulinas análogas³⁹¹, entre outros medicamentos. Interessante notar que, em mais de uma vez, o TRF3 afirmou seu entendimento de que o direito à saúde, como um todo (e, assim, toda e qualquer prestação a ele relacionada), estaria abrangido na ideia de mínimo existencial³⁹², de modo que as listas oficiais de medicamentos do SUS seriam apenas orientações para os entes públicos, não tendo o condão de excluir o dever de fornecimento de prestações outras³⁹³. Além disso, entendeu-se que não haveria ninguém melhor do que o próprio médico que acompanha o paciente para saber qual o medicamento necessário ao caso concreto, de maneira que suas prescrições devem ser respeitadas, a despeito de serem contrárias aos protocolos oficiais³⁹⁴.

impugnada foi proferida em consonância com o disposto no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil. 2. A análise da renda mensal do núcleo familiar em referência às despesas ordinárias e demais circunstâncias de vida material, indica a autossuficiência do grupo para prover as suas necessidades fundamentais, situando-o, portanto, acima do patamar de miserabilidade exigido para a concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, V, da Constituição, e art. 20, caput, da Lei n. 8.742/1993. 4. Agravo legal desprovido.

³⁹¹ Como nas apelações 0004782-31.2005.4.03.6119 e 0000746-41.2007.4.03.6000, julgadas respectivamente em março de 2015 e dezembro de 2014.

³⁹² Apenas como exemplo, a apelação n. 0005232-08.2013.4.03.6114, julgada em maio de 2015, em cuja ementa consta o seguinte trecho: “*A reserva do possível, o denominado "mínimo existencial", no qual se incluem os direitos individuais e coletivos à vida e à saúde, mínimo este que se apresenta com as características da integridade e da intangibilidade, de forma que alegações genéricas, sem demonstração objetiva, no sentido da inexistência de recursos ou de previsão orçamentária não são capazes de frustrar a preservação e o atendimento, em favor dos indivíduos, de condições mínimas de existência, saúde e dignidade*”.

³⁹³ Neste sentido, outro trecho da mesma decisão: “*As disposições constantes da Lei Federal n° 12.401/11 e da Portaria n° 16/GM, de 03/01/2002, do Ministério da Saúde, devem ser interpretadas em conformidade com as normas constitucionais referidas, a fim de que se concretize o direito fundamental à saúde dos cidadãos e das cidadãs. Em consequência, a definição do elenco de medicamentos e tratamentos diversos existe como dever aos entes estatais para o estabelecimento de uma política de saúde consistente, o que não exclui que drogas alternativas sejam ministradas pelo médico que atende o paciente e sob sua responsabilidade profissional, nem que outros programas sejam estabelecidos. - Como parâmetro, as entidades federais, no atendimento ao direito à saúde, devem pautar-se pelos princípios e normas constitucionais. O SUS, na regulamentação que lhe dá a Lei n.º 8.080, de 19/09/90, deve orientar-se à mais ampla possível realização concreta do direito fundamental de que aqui se cuida (artigos 1º, 2º, 4º, 6º, 9º, 15, 19-M, 19-O, 19-P, 19-Q, e 19-R) (...) A obrigação do poder público em fornecer a medicação pleiteada não deve se limitar somente aos medicamentos listados segundo os critérios da Administração Pública, mas também de acordo com a comprovada necessidade do hipossuficiente e conforme as prescrições médicas de cada caso concreto.*”

³⁹⁴ Como exemplo, a apelação n. 0004782-31.2005.4.03.6119, julgada em março de 2015, em cuja ementa consta: “*Assinale-se não ser o paciente quem escolhe o medicamento a ser ministrado e sim o profissional médico diante da necessidade de seu paciente. Não se pode desconsiderar que o médico que acompanha o*

4.1.3. O mínimo existencial na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça no dia 14 de novembro de 2015, pudemos encontrar 52 acórdãos em cujas ementas a expressão “mínimo existencial” constou. Ao contrário do que pudemos verificar, por exemplo, no Tribunal de Justiça de São Paulo, os temas tratados nestes precedentes são variados, havendo, por exemplo, casos em que o mínimo existencial foi invocado para afirmar a impenhorabilidade de bens³⁹⁵, a não incidência do imposto de renda sobre determinadas verbas³⁹⁶, a impossibilidade de condução dos indivíduos a uma situação de superendividamento³⁹⁷ e a impossibilidade do corte de fornecimento de energia elétrica³⁹⁸. Em todos estes casos em que o mínimo existencial foi utilizado em sua dimensão negativa.

Pudemos verificar outros casos, ainda que em menor número, em que a ideia de mínimo existencial foi utilizada em sua dimensão positiva, seja para assegurar o direito ao recebimento de alimentos³⁹⁹, seja para garantir o recebimento de benefício previdenciário não previsto em lei⁴⁰⁰. Em diversas outras oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça expressamente se manifestou no sentido de que ideia de mínimo existencial não poderia ser aplicada ao caso concreto, seja porque a prestação requerida já

paciente é quem tem as melhores condições de avaliar o tratamento mais indicado”. No mesmo sentido, trecho da já citada apelação n. 0005232-08.2013.4.03.6114: “É de suma importância que o médico seja respeitado nas prescrições que faz, uma vez que é quem acompanha e faz recomendações ao paciente, salvo quando a atividade contrarie os próprios conhecimentos existentes no campo da medicina. (...) Não é razoável exigir do apelado a substituição dos remédios pelas alternativas oferecidas no SUS depois de quatro anos de tratamento estável com os medicamentos prescritos pelo seu médico de confiança, tal medida poria em risco suas condições de saúde”.

³⁹⁵ Por exemplo, REsp 1161049/PA e REsp 1191195/RS. Há 11 precedentes semelhantes.

³⁹⁶ Por exemplo, EREsp 1057912/SP. Há pelo menos quatro precedentes neste sentido.

³⁹⁷ Por exemplo, AgRg no REsp 1167186/RS. Há pelo menos três precedentes neste sentido.

³⁹⁸ Agravo Regimental do REsp 1256674/AM. Neste caso, o STJ impediu que distribuidora de energia elétrica do Estado do Amazonas suspendesse o fornecimento a uma determinada localidade, mantendo decisão de Tribunal local que entendeu que a interrupção no fornecimento de energia elétrica violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

³⁹⁹ REsp 1302467/SP. Neste precedente o STJ entendeu que pessoa em situação de vulnerabilidade que anteriormente tinha mantido união estável com pessoa do mesmo sexo, fazia jus ao recebimento de alimentos desta última, visto que “o direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica.

⁴⁰⁰ REsp 1302237/RJ. Neste precedente o STJ entendeu que a mãe de militar falecido teria direito ao recebimento da pensão por morte, ainda que casada e mesmo seu marido recebendo benefício previdenciário do INSS, visto que assim o impunha, no caso concreto, “a cultura brasileira de ajuda aos pais idosos, à garantia do mínimo existencial e do princípio da dignidade da pessoa humana”.

estava prevista de modo expresso em lei⁴⁰¹, seja porque o autor pretendia receber individualmente dano moral que a corte considerou coletivo⁴⁰².

As demais decisões, exatamente 10, são as que mais importam aos fins do presente trabalho, por tratarem efetivamente de direitos sociais oponíveis contra a Administração Direta e terem utilizado a ideia de mínimo existencial em seu sentido positivo - para o reconhecimento de omissões estatais. Dentre estas ações, verifica-se que a invocação da ideia se deu predominantemente em recursos especiais decorrentes de ações civis públicas⁴⁰³, embora também haja recursos decorrentes de ações individuais. Verifica-se também, como ocorre em regra nos demais tribunais, que a ideia de mínimo existencial costuma ser invocada em estreita relação com o direito à vida e o direito à saúde, ainda que não apenas.

No que toca especificamente ao direito à saúde, na forma da concessão de medicamentos, a ideia de mínimo existencial foi utilizada pelo STJ no REsp 1.488.639/SE e no AgRg no REsp 1.107.511/RS, ambos decorrentes de ações individuais. Em ambos os casos aquele superior tribunal decidiu pela concessão das prestações requeridas, sob o entendimento de que *“não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa”* e de que *“seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes”*.

Ademais, faz-se interessante notar que em ambas estas decisões o STJ parece igualmente acolher o entendimento de que o direito à saúde como um todo estaria abrangido na ideia de mínimo existencial⁴⁰⁴. Assim é que, no corpo do acórdão do AgRg

⁴⁰¹ Neste sentido, os Mandados de Segurança 18286/DF e 20206/DF e pelo menos outros 15 acórdãos. Em todos eles, o STJ entendeu que militares faziam jus a pagamentos retroativos, conforme previsto em lei, pelo que a discussão em torno do mínimo existencial ou da reserva do possível nem sequer se punham: *“Quanto ao mérito, não há sentido em alegar que o pagamento individual configura satisfação do mínimo existencial, por parte do Ministério da Defesa, muito menos em aduzir que o pagamento dos retroativos está cingido à reserva do possível. O caso refere-se à existência de direito líquido e certo de percepção dos retroativos nos termos do direito vigente”*.

⁴⁰² Por exemplo, EREsp 962934/MS.

⁴⁰³ Apenas como exemplos, o AgRg o REsp 1.136.549/RS e o REsp 811.608/RS.

⁴⁰⁴ Em frase que se repete na ementa de ambos os acórdãos mencionados, disse o STJ sobre o direito à saúde que, *“tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho*

1.107.511/RS, o ministro relator, após tecer interessantes considerações sobre o conceito de reserva do possível na jurisprudência alemã e afirmar que não se pode simplesmente importar acriticamente conceitos jurídicos estrangeiros forjados em realidades bastante diversas do contexto brasileiro, manifesta-se no sentido de que o pleno acesso a um serviço público de qualidade integra a ideia de mínimo existencial, pelo que não poderiam subsistir óbices jurídicos a sua efetivação de modo direto pelo Poder Judiciário⁴⁰⁵.

Mas para além de casos relativos ao fornecimento de medicamentos, a ideia de mínimo existencial relacionada ao direito à saúde e ao direito à vida também foi invocada em ações civis públicas relativas a outras prestações. No REsp 1.041.197/MS, por exemplo, sob o fundamento de que o direito à saúde comporia o mínimo existencial, o STJ condenou o Estado do Mato Grosso do Sul a fornecer equipamentos médicos a um determinado hospital⁴⁰⁶, e no REsp 1.068.731/RS, foi o Estado do Rio Grande do Sul condenado a aumentar o número de leitos disponíveis em hospital localizado em Município do interior, com fundamento, igualmente, no fato de que *“a falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido”*.

jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente público”.

⁴⁰⁵ *“Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade (...). Ora, não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. (...) Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por este motivo é que um indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como formulado pela jurisprudência germânica. Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Neste caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a um vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade”.*

⁴⁰⁶ REsp 1041197/MS: “ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL”.

Nestes precedentes encontramos sempre a mesma ideia subjacente: afirma-se a intervenção judicial na seara das políticas públicas relativas a direitos sociais como sendo absolutamente excepcional, em virtude do princípio da separação de poderes, só sendo justificada, naqueles casos concretos, pela absoluta e manifesta necessidade decorrente da ideia de mínimo existencial, cuja não contemplação poderia acarretar risco de morte a determinados cidadãos⁴⁰⁷.

Seguindo na análise, em outros dois casos em que a ideia de mínimo existencial foi invocada com relação ao direito à saúde e à vida, a situação concreta não estava posta, ao menos não diretamente, como uma questão de vida e morte. Assim é que, quando do julgamento do REsp 1.366.331/RS (dezembro de 2014), sob o entendimento de que a ideia de mínimo existencial não poderia se subsumir ao estritamente necessário à sobrevivência fisiológica (mínimo vital) e de que o saneamento básico seria necessário à saúde dos indivíduos, o STJ entendeu por bem condenar um Município gaúcho a elaborar projeto técnico de instalação e realizar diversas obras de construção de redes de esgoto⁴⁰⁸. Na mesma linha no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.211.989/RN, julgado em agosto de 2011, o STJ se valeu da ideia em tela para manter acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que condenava autarquia federal a recuperar determinada barragem provedora de água. Considerou-se naquela oportunidade que o bom funcionamento da barragem era imprescindível ao fornecimento de água a determinada

⁴⁰⁷ Neste sentido, trecho da ementa do REsp 1068731/RS: “*Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente*”. Na ementa do REsp 1041197/MS, por sua vez, se lê: “*seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada*”.

⁴⁰⁸ Vide trecho do acórdão mencionado: “*O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para viver. Não deixar alguém morrer de fome é, certamente, o primeiro passo, mas não é o suficiente para fazê-lo viver com dignidade. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de civilidade e convivência em um meio ambiente equilibrado. (...) O direito à saúde é direito fundamental, estendendo-se ao conceito de bem-estar físico, mental, social, integração ao meio ambiente e à sociedade – bem como à capacidade de exercício de direitos individuais. A falta de saneamento básico pode obstar o gozo do direito à saúde, estando até mesmo relacionado a casos de mortalidade infantil. O saneamento básico, portanto, é pressuposto para o pleno gozo dos direitos à saúde, à vida e à própria dignidade da pessoa humana – fundamento da República (...)*”.

região; que o “direito à água”, por ser elemento indispensável à manutenção da vida, estaria abrangida no conceito de mínimo existencial; e que não haveria que se falar em discricionariedade administrativa diante de situações limites que tais⁴⁰⁹.

Cumpre-nos mencionar, por fim, um outro acórdão, ainda mais interessante, em que a noção de mínimo existencial foi utilizada de modo mais amplo, para fundamentar a condenação do Estado a garantir o direito à educação de menores, mediante a construção de creches. Trata-se do REsp 1.185.474/SC, julgado em 20 de abril de 2010 pela 2ª Turma daquele Tribunal Superior, sob a relatoria do Ministro Humberto Martins, em cujo corpo são abordados diversos aspectos relativos à judicialização dos direitos sociais e à ideia de mínimo existencial.

O acórdão em tela, entre outras coisas, faz ponderações acerca do argumento da “reserva do possível”, para estabelecer, em primeiro lugar, ser ônus da Fazenda Pública sua demonstração no caso concreto e, em segundo, que só se haverá de opor o argumento da escassez de recursos contra a efetivação de direitos fundamentais quando referida escassez não for decorrente de decisões políticas (por mais vaga que seja esta afirmação)⁴¹⁰. No que tange mais especificamente ao mínimo existencial, diz o acórdão expressamente que a ele não se pode opor a reserva do possível e que “*o mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social*”, pelo que também o direito à educação estaria abrangido no conceito.

⁴⁰⁹ Vide trecho da ementa: “*Em segundo lugar, a hipótese versa sobre mínimo existencial, porquanto água é substância imprescindível à subsistência da humanidade, sendo de importância inexcedível no semi-árido nordestino. Está-se aqui diante do mínimo vital, a gravitar em torno do direito à vida (art. 5º, caput, CF), a justificar a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas*”.

⁴¹⁰ Eis trecho da ementa: “*(...) 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por este motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isto, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias, etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário se estará usando da democracia para extinguir a Democracia.*”

4.1.4. O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no mês de novembro de 2015, havia 14 acórdãos em que a ideia de mínimo existencial foi invocada⁴¹¹. Entre elas se verifica uma ação direta de inconstitucionalidade e feitos referentes ao pagamento de pensões, direitos trabalhistas e direito ambiental, nos quais a ideia em tela foi mencionada apenas lateralmente. Em dois casos, o STF deu provimento a recursos que ordenavam respectivamente os Estados do Paraná e do Ceará a instalarem unidades da Defensoria Pública em determinados Municípios do interior, sob o entendimento aparente de que o acesso à justiça - propiciado às pessoas carentes justamente pela Defensoria - estaria abrangido no conjunto de prestações mínimas indispensáveis à dignidade da pessoa humana⁴¹².

Em outros dois casos⁴¹³, o STF valeu-se da ideia em análise para reforçar a existência do direito de crianças até 05 anos de idade a vagas em creches e pré-escolas - direito este, diga-se de passagem, previsto com eficácia plena no art. 208, IV da CF⁴¹⁴ -, sob o entendimento de que este direito comporia o mínimo existencial e que, por isso, não poderia o Poder Público se valer da escusa da reserva do possível para deixar de garanti-lo⁴¹⁵.

⁴¹¹ Importante pontuar que na ADPF 45, citada no item 2.5 acima, a menção à ideia de mínimo existencial se deu em uma decisão monocrática, da lavra do Ministro Celso de Mello.

⁴¹² São eles o AI 5989.212 ED/PR e o RE 763.667 AgR/CE, na ementa do qual se lê: “*Defensoria Pública – Direito das pessoas necessitadas ao atendimento integral, na comarca em que residem, pela Defensoria Pública – Prerrogativa fundamental comprometida por razões administrativas que impõem, às pessoas carentes, no caso, a necessidade de custoso deslocamento para comarca próxima onde a defensoria pública se acha mais estruturada. (...) O reconhecimento, em favor de populações carentes e desassistidas, postas à margem do sistema jurídico, do “direito a ter direitos” como pressuposto de acesso aos demais direitos, liberdades e garantias. (...) Controle jurisdicional de legitimidade sobre a omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição do retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – Doutrina - Precedentes (...)*”.

⁴¹³ ARE 639.337 AgR/SP, julgado em 2011, e RE 410.715 AgR/SP, julgado em novembro de 2005.

⁴¹⁴ CF, art. 208. *O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.* Este dispositivo tem redação dada pela EC 53/2006, até a edição da qual a idade estabelecida era de 6 (seis) anos.

⁴¹⁵ Este raciocínio fica claro em trecho da ementa do ARE 639.337 AgR/SP: “*A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização*

Assim como ficou constatado em outros tribunais brasileiros, também no STF há alguns casos em que a ideia de mínimo existencial foi invocada quando estavam em questão prestações relativas ao direito à saúde, sobretudo em recursos decorrentes de ações civis públicas. Assim é que, por exemplo, no ARE 745.745 AgR/MG, o STF manteve decisão de Tribunal local que condenou o Município de Belo Horizonte a manter uma determinada política pública de atendimento a crianças, e no ARE 727.864 AgR/PR, o STF determinou que o Estado do Paraná continuasse custeando a internação em instituições particulares de pacientes atendidos pelo SAMU (Serviço de Atendimento Móvel de Urgência), nos casos em que não houvesse leitos disponíveis na rede pública.

Em ambos estes casos, que foram da relatoria do Ministro Celso de Mello, encontra-se a mesma estrutura argumentativa, que dividiremos em três etapas⁴¹⁶: (i) considera-se que o direito à saúde é direito dotado de “*um sentido de essencial fundamentalidade*” e de um “*altíssimo relevo jurídico-social*”, além de ser “*consequência constitucional indissociável do direito à vida*”, donde decorreria sua “*inegável precedência*”; (ii) ante esta suma importância, que faz com que o direito à saúde componha o chamado mínimo existencial, sua efetivação plena pelo Estado seria de caráter impostergável, de modo que não caberia no caso a invocação da chamada reserva do possível⁴¹⁷; e (iii) ante a necessidade premente de efetivação do direito, a omissão estatal teria de ser imediatamente superada pela atuação Judicial, sob pena de desrespeito à Constituição Federal⁴¹⁸.

revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança”.

⁴¹⁶ Termos muito semelhantes constam também da decisão proferida no AgRg no RE 581.352/AM, em que o STF manteve decisão proferida em ação civil pública pelo Tribunal de Justiça de Amazonas, segundo a qual aquele Estado ficava obrigado a ampliar e melhorar o atendimento de gestantes nos hospitais estaduais.

⁴¹⁷ Isto fica claro nos seguintes trechos, presentes na ementa de ambos os acórdãos: “*A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial*”.

⁴¹⁸ Isto fica claro nos seguintes trechos retirados do corpo de ambos os acórdãos: “*É que dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou*

Cumpre-nos salientar um aspecto nessa argumentação - já mencionado anteriormente -, referente ao fato de que o STF parece entender que esta característica de essencialidade do direito à saúde se estende a toda e qualquer prestação relativa a este direito, como se toda prestação de saúde (e o fornecimento de qualquer medicamento, por consequência) fosse obrigação do Estado por força da ideia de mínimo existencial. Este posicionamento, encontrável também em decisões de outros tribunais, aflora em alguns trechos dos acórdãos mencionados, como o seguinte, em que o STF se refere à necessidade de implementação do direito à saúde em sua plenitude:

“O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional”.

É interessante notar ainda nestes acórdãos a relação que o STF costuma fazer entre “mínimo existencial” e “reserva do possível”. Muito embora se afirme com frequência a existência de certa preocupação com a dimensão dos custos necessários à implementação dos direitos sociais e reconheça-se que estes direitos devem ter sua efetivação diferida, invariavelmente este obstáculo resta afastado diante da absoluta essencialidade do direito em questão, de modo a tornar a prestação requerida imediatamente exigível. O mínimo existencial se torna assim uma espécie de salvo-conduto argumentativo para a desconsideração de quaisquer questões de ordem financeiras. O trecho a seguir, presente em ambos os acórdãos mencionados, parece indicar este entendimento:

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível. (...) Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais –

retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade”.

além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não de poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”.

Por último, cumpre-nos citar interessantíssima decisão proferida pelo STF, no ano de 2008, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 223 AgR/PE, cujo relator para o acórdão foi também o ministro Celso de Mello. Trata-se de decisão por meio da qual a Corte Suprema brasileira cassou, por maioria de votos (vencida a ministra Ellen Gracie), decisão proferida pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que havia determinado a suspensão de medida liminar. Ao fazê-lo, o STF permitiu o cumprimento de decisão antecipatória que ordenava aquele Estado a arcar com o custo de uma cirurgia, no montante de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares) ou R\$ 279.000,00 (duzentos e setenta e nove mil reais) em valores da época.

Eis o caso: um determinado particular foi vítima, em dezembro de 2006, de assalto em uma via pública, em decorrência do qual sofreu disparos de arma de fogo que lhe causaram tetraplegia irreversível e dependência de aparelhos para respirar. Neste cenário, foi proposta ação contra o Estado de Pernambuco, a qual tinha por objeto, além do ressarcimento por danos morais e estéticos (sob a alegação de responsabilidade civil decorrente da omissão na prestação do dever de garantir a segurança pública), a condenação ente público réu ao pagamento de cirurgia de implante de um “marcapasso diafragmático muscular” (MDM), que teria o condão de devolver ao autor “*a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico*”. Ocorre que a cirurgia em questão, conforme declinado na inicial, só poderia ser realizada por um determinado médico norte-

americano (Dr. Abbott J. Krieger, ligado à Universidade de Yale), ao já mencionado custo de US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares).

Tendo o juízo de primeira instância negado a liminar requerida, interpôs o autor o cabível agravo de instrumento, em sede do qual o Tribunal de Justiça de Pernambuco concedeu a providência, ordenando que o Estado de Pernambuco realizasse imediatamente o depósito do valor em questão na conta corrente do mencionado médico, a fim de que o mesmo viesse ao Brasil realizar a cirurgia. Esta decisão foi suspensa pelo Presidente daquela corte local, em virtude do que a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal.

A STA 223 AgR/PE⁴¹⁹ esteve, inicialmente, sob a relatoria da ministra Ellen Gracie Northfleet, que entendeu pelo não provimento do agravo regimental (interposto, logicamente, contra decisão monocrática de sua lavra) e, pois, pela manutenção da decisão suspensiva. Em seu voto, percebe-se o cuidado na análise das circunstâncias fáticas do caso. Isto porque - após salientar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que o fato de a segurança pública ser dever do Estado não lhe impõe responsabilidade objetiva por eventual dano decorrente de crime -, a ministra fundamentou sua decisão na circunstância de que nos autos nem sequer havia “*avaliação clínica capaz de aferir, de maneira segura e adequada, a viabilidade técnica*” da realização da cirurgia no paciente autor⁴²⁰. Muito ao contrário: dos autos constavam manifestações técnicas no sentido de que o paciente não preencheria os requisitos mínimos para estar apto ao procedimento em tela e de que não havia garantias de sucesso do procedimento, visto que “*o risco cirúrgico na implementação desse marcapasso em pacientes tetraplégicos é maior*”⁴²¹. Além disso, a cirurgia em questão era considerada experimental: não tinha a aprovação dos órgãos brasileiros competentes e, mesmo tendo a aprovação da agência americana responsável (a *Food and Drug Administration – FDA*), referido consentimento havia sido dado com a aposição de diversas condições⁴²². Todas

⁴¹⁹ Acórdão disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24,SCLA.+E+223.NUME.%29+OU+%28STA.ACMS.+ADJ2+223.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aocshhy>.

⁴²⁰ Página 17 do acórdão em tela.

⁴²¹ Idem.

⁴²² Página 18.

estas circunstâncias, somadas a outras mais⁴²³ e ao elevado custo envolvido, formaram a convicção da ministra.

Discordando do voto da então relatora, o ministro Celso de Mello abriu a divergência. Em seu voto, ao contrário do que se verifica no anterior, há a análise de poucas circunstâncias fáticas. Na linha dos demais acórdãos mencionados (ARE 745.745 AgR/MG e ARE 727.864 AgR/PR – verifica-se uma série de trechos idênticos), o ministro afirma a legitimidade da Suprema Corte para a atuação na seara das políticas públicas, a essencialidade do direito à saúde e a preocupação que tem com a questão dos custos dos direitos e da reserva do possível, que só não são levados em conta no caso concreto devido ao conflito com o mínimo existencial. Como dito, não se veem quaisquer considerações sobre os aspectos fáticos levantados anteriormente pela ministra Ellen Gracie, seja sobre o fato de o tratamento ser experimental, seja sobre o seu custo, seja sobre a ausência de laudo médico conclusivo, etc. A rigor, o ministro Celso de Mello menciona com ênfase uma única circunstância fática, qual seja, seu entendimento de que o autor poderia vir a falecer se não se submetesse o quanto antes ao procedimento cirúrgico que pleiteava.⁴²⁴

O fato trazido pelo ministro Celso de Mello - de estar o recorrente, naquele caso concreto, sob risco de morte -, parece ter sido decisivo para que os demais ministros presentes seguissem a divergência. Assim é que o ministro Eros Grau, por exemplo, entendeu que esta circunstância tornava aquele caso concreto um caso absolutamente excepcional, a impor o provimento do recurso, salientando que *“o que confere regularidade ao sistema jurídico, o que lhe dá estabilidade, o que lhe dá validade é exatamente essa capacidade, que devemos ter, de apreender a exceção, trazendo-a para dentro do direito”*⁴²⁵. No mesmo sentido, salientando a excepcionalidade do caso, manifestaram-se os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio de Mello⁴²⁶. Mesmo o ministro Cezar Peluso, que salienta de modo veemente o fato de que a concessão de tamanha importância monetária para o atendimento de um único paciente geraria

⁴²³ Nas páginas 47 e 48, após o voto do Ministro Celso de Mello, a Ministra Ellen Gracie reafirma seu voto, adicionando ainda os argumentos de que não havia quaisquer garantias de que o médico em questão viria de fato realizar a cirurgia após a realização do depósito, de modo que a cassação da decisão suspensiva equivaleria à expedição de um “cheque em branco”.

⁴²⁴ Página 33.

⁴²⁵ Página 51.

⁴²⁶ Respectivamente às páginas 59 e 63, muito embora ambos tenham trazido alguns outros argumentos.

necessariamente uma situação de quebra de isonomia e de riscos ao erário⁴²⁷, acaba por render-se à divergência, ante a aparente iminência da morte do autor, mencionada pelo ministro Celso de Mello⁴²⁸.

4.2. Conclusões: o mínimo existencial como “topos” argumentativo

A partir das decisões judiciais de diversos tribunais brasileiros mencionadas acima, acreditamos ser possível tecer algumas considerações acerca do modo pelo qual a jurisprudência brasileira tem se valido, ao menos em termos gerais, da ideia de mínimo existencial.

O que a nós nos parece claro da análise acima tentada é a constatação de que, a despeito do que sugerem parcela da doutrina e mesmo, em alguma medida, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal⁴²⁹, a ideia de mínimo existencial não tem em absoluto sido utilizada pelos tribunais brasileiros como parâmetro limitador da judicialização de direitos sociais ou instrumento de autocontenção judicial.

Como dissemos, a ideia de mínimo existencial, em sua origem, era vista como uma autorização absolutamente excepcional à atuação da jurisdição constitucional em hipóteses em que não havia normas constitucionais ou legais que garantissem determinada prestação material. Enquanto autorização excepcional, a ideia intuitivamente passou a ser sugerida também como limite a esta atuação, no sentido de que a jurisdição constitucional só poderia agir até onde fosse necessário para garantir o padrão mínimo de dignidade; além deste patamar, a concessão de prestações materiais dependeria necessariamente da atuação dos demais Poderes. Os tribunais brasileiros, entretanto, não têm atuado sob esta lógica.

A maior prova do que ora se afirma é a quase total inexistência de decisões judiciais em que a ideia de mínimo existencial tenha sido invocada para negar a concessão de uma prestação material a algum indivíduo. Com efeito, em todos os tribunais

⁴²⁷ *“Provavelmente, neste País, milhões de pessoas estejam em situações tão ou mais delicadas em relação às omissões que o Estado pratica quanto aos seus deveres constitucionais e estão sofrendo ofensas tão ou mais graves em relação aos seus direitos fundamentais, e não são atendidas, a Corte não as tem atendido. A Corte tem negado, em outras vias, essas antecipações de tutela, que, generalizadas, a meu ver, põem em risco a própria capacidade do Estado de gerir a coisa pública como tal. Isso me preocupa extremamente, Senhora Presidente”*. Página 52.

⁴²⁸ Página 53.

⁴²⁹ Vide a ADPF 45 (item 2.5 supra).

analisados, quase todas as vezes em que se invocou a ideia de mínimo existencial, referida invocação foi feita como forma de justificar a atuação do Judiciário no caso concreto, em contrariedade ao argumento da reserva do possível. Isto é absolutamente flagrante na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, sobretudo no que respeita a medicamentos: ao que parece, o TJ/SP jamais entendeu que um determinado medicamento não deveria ser concedido sob o argumento expresso de que a pretensão aduzida estava além do mínimo necessário à garantia da vida humana digna.

Com esta constatação não estamos querendo dizer que as decisões daquele Tribunal, ou de qualquer um dos demais, tenham sido necessariamente equivocadas. O que queremos pontuar é que, a nosso ver, resta claro que as cortes brasileiras não têm atuado sob uma lógica de autocontenção orientada por uma atuação minimalista no que toca aos direitos sociais, pois, se isto fosse verdade, fatalmente encontraríamos decisões em que as pretensões aduzidas teriam sido negadas sob o entendimento de serem supérfluas ou estarem além do mínimo necessário à garantia da dignidade humana.

Outro elemento a demonstrar o exacerbado ativismo das cortes brasileiras no que respeita aos direitos sociais em comparação com, por exemplo, aos tribunais alemães, é o fato de que, como visto, parece-nos que naquele país a ideia de mínimo existencial foi invocada predominantemente em sua dimensão negativa (mínimo existencial como direito de defesa). No Brasil, por sua vez, prevalece sobremaneira a utilização da ideia em sua dimensão positiva, isto é, como forma de fundamentar uma obrigação positiva do Estado.

A bem da verdade, ousamos dizer que a ideia de mínimo existencial é mais uma daquelas ideias estrangeiras que são importadas para o Brasil sem maiores análises e sem plena atenção às peculiaridades das realidades sociais de seu país de origem e do nosso⁴³⁰. Prova disso é que, muito embora tenha surgido justamente para suprir a ausência de normas constitucionais de eficácia plena, a ideia costuma ser invocada pelos

⁴³⁰ Andras J. Krell chama a atenção para o perigo existente na importação acrítica de teorias jurídicas, sobretudo no que respeita aos direitos sociais: “*A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes*”. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – 2002, pg. 51.

tribunais brasileiros em diversos casos em que nem sequer seria necessária, já que os direitos amparados já estavam previstos em normas constitucionais daquele tipo ou na legislação infraconstitucional. É exatamente esta a constatação de Juliana Maia Daniel, se referindo, entre outros, a precedentes do STJ e STF acima mencionados⁴³¹, em que aquelas cortes afirmaram o direito de crianças de até 5 (cinco) anos a vaga em creches ou pré-escolas, conforme preceitua o art. 208, IV da CF⁴³². Exemplo disso ainda é a decisão do STF no RE 642.536 AgR/AP, em cuja ementa se lê: “*esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas*”.

Além disso, verifica-se claramente na jurisprudência brasileira uma tendência de ampliação cada vez maior da ideia de mínimo existencial, a colaborar para sua total inutilidade enquanto instrumento de autocontenção. Na linha do que identifica Virgílio Afonso da Silva acerca de grande parte da doutrina brasileira – que, segundo ele, costuma identificar o mínimo existencial como tudo “aquilo que é garantido pelos direitos sociais”⁴³³ -, os tribunais brasileiros costumam entender como integrantes do mínimo existencial todo e qualquer direito social e, por consequência, toda e qualquer prestação material a ele relacionada. Como já mencionamos, há diversas decisões de vários tribunais que explicitam este entendimento, sobretudo no que respeita ao direito à saúde⁴³⁴.

Ora, não há dúvida de que a equiparação da ideia de mínimo existencial a toda e qualquer prestação relacionada aos direitos sociais faz com que não haja qualquer utilidade na sua adoção. Neste contexto, a ideia perde significado. Ao invés de instrumento de autocontenção, o mínimo existencial passa a ser apenas um “*topos argumentativo*”, invocado ao lado de outros (como “dignidade da pessoa humana” ou “vedação do

⁴³¹ STJ, REsp 1.185.747/SC; STF, ARE 639.337 AgR/SP e RE 410.715 AgR/SP.

⁴³² Juliana Maia Daniel, *O Mínimo Existencial no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, dissertação de mestrado apresentada à FADUSP em 2013, pg. 130/131.

⁴³³ *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, pg. 204.

⁴³⁴ Neste sentido, o já citado trecho do acórdão proferido pelo STF no julgamento do ARE 745.745 AgR/MG, em que há a invocação da ideia de mínimo existencial: “*O sentido de fundamentalidade do direito à saúde (CF, arts. 6º e 196) – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional*”.

retrocesso social”)⁴³⁵ tão somente como recurso retórico para superar ônus argumentativos ligados à legitimidade e à reserva do possível e, por assim dizer, de certa forma encerrar qualquer discussão sobre o cabimento da intervenção judicial. Em outras palavras, parece haver uma utilização da ideia de mínimo existencial justamente para fundamentar uma atuação maximalista do Judiciário.

Com a utilização da expressão “*topos* argumentativo”, queremos nos referir a um argumento que, de tanto recorrentemente usado, acaba por ter seu significado diluído e desgastado. Trata-se de “um lugar comum” argumentativo ou de um mero clichê. Virgílio Afonso da Silva traz-nos um exemplo do que ora se afirma. Após distinguir conceitualmente a regra da proporcionalidade e a razoabilidade, dizia o autor, no ano de 2002, que o STF, assim como grande parte da doutrina brasileira, aplicava indistintamente ambas as ideias - sem distingui-las e sem maiores cuidados de ordem sistemática -, mas apenas com caráter retórico, como verdadeiros *topoi* argumentativos. Nas suas palavras, “*em inúmeras decisões (do STF), sempre que se queria afastar alguma conduta considerada abusiva recorre-se à fórmula “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional”*”⁴³⁶. Na forma como a ideia de razoabilidade era usada pelo STF, dizer que uma determinada decisão judicial deveria ser razoável equivaleria a dizer que ela teria que ser “boa” ou “justa”, por exemplo. Acreditamos que o mesmo processo tem se verificado com a ideia de mínimo existencial, sendo esta também a constatação de autores como Thiago dos Santos Acca⁴³⁷.

⁴³⁵ Vide, por exemplo, no STF, o ARE 727.864 AgR/PR, em cuja ementa se lê: CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO).

⁴³⁶ Virgílio Afonso da Silva, *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, páginas 23 a 50.

⁴³⁷ “*Há uma clara tendência na doutrina brasileira dos direitos sociais em utilizar conceitos como “dignidade da pessoa humana” e “mínimo existencial” para justificar a aplicação de direitos sociais. Esses conceitos funcionam como uma espécie de cinturão protetor do indivíduo. O Estado não pode feri-los tanto omissiva quanto comissivamente. No entanto, tal como formulados, eles realmente estão aptos a serem utilizados como critérios para aplicação dos direitos sociais? É possível identificar, com um mínimo de clareza, em que momento tais princípios estão sendo ameaçados? É possível, por meio deles, extrair quais são as prestações de saúde, educação e moradia devidas pelo Estado aos cidadãos? Da forma como estão formulados, padecem de alta carga de imprecisão. Não há dúvidas, tratando do ponto de vista genérico, que todos devem ter assegurados seu mínimo existencial e sua dignidade. A própria Constituição dispõe em seu art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Isso é indiscutível. O problema é justamente defini-la de modo que tenha relevância prática. (...) Se a intenção é falar sobre dignidade e mínimo existencial, é preciso enfrentar seriamente o tema. Isso significa mostrar como esses conceitos podem concretamente auxiliar na compreensão e na aplicação dos direitos sociais”.*

Ao que nos parece, é precisamente a falta de uma maior delimitação do que seja mínimo existencial - aliada à ausência de uma cultura de autocontenção judicial - que impede, na prática, que a ideia em tela seja utilizada pela jurisprudência como limite ou instrumento de autocontenção à sua atuação no que toca aos direitos sociais, sendo utilizada antes como fundamento para tanto, como apontado acima. Mas será que em nenhuma hipótese o mínimo existencial poderá ter aquela finalidade desejada? A resposta a esta pergunta será o objeto do próximo capítulo.

V – O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO MECANISMO DE AUTOCONTENÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM DIREITOS SOCIAIS A PRESTAÇÕES MATERIAIS

5.1. A ideia de mínimo existencial pode ter alguma utilidade jurídica no Brasil?

Como procuramos deixar claro no capítulo 3, a ideia de mínimo existencial surgiu na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão como forma de suprir a quase total ausência de direitos sociais a prestações materiais na Constituição alemã⁴³⁸. É que, como já referido, a Lei Fundamental de Bonn conscientemente deixou de prever direitos sociais, devido às más experiências vividas na vigência da Constituição de Weimar⁴³⁹. Em um contexto que tal, fez-se necessário o desenvolvimento jurisprudencial da ideia de mínimo existencial, a fim de garantir a proteção estatal a determinados indivíduos que não tinham condições de prover seu próprio sustento.

Em outras palavras, no início de seu desenvolvimento, a ideia de mínimo existencial exerceu a importante função de criar as condições argumentativas para autorizar excepcionalmente a intervenção do Poder Judiciário alemão em um cenário de ausência de normas de direitos sociais que o fizessem explicitamente.⁴⁴⁰

Mas para além desta função que chamamos de autorizativa, a ideia de mínimo existencial por vezes é sugerida pela doutrina também como limite à atuação das cortes em matéria de direitos sociais, caso em que assumiria uma função de autocontenção. Esta constatação que fazemos de que a ideia de mínimo existencial pode, no campo das ideias, vir a assumir uma dupla funcionalidade - servindo ao mesmo tempo como

⁴³⁸ Robert Alexy afirma que a Lei Fundamental de Bonn prevê expressamente um único direito social a prestações materiais, qual seja, o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, §4º), muito embora haja a previsão de direitos deste tipo nas constituições dos estados alemães. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2012, págs. 434 e 435.

⁴³⁹ Andreas J. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – 2002, pg. 46.

⁴⁴⁰ “Se o direito ao mínimo existencial postula uma intervenção do Estado protetora contra a ameaça de terceiros, impõe o dever de legislar que, se for descumprido, autoriza intervenção jurisdicional direta para regular a norma de solução do caso concreto. Por outro lado, impondo também uma intervenção estatal que assegure prestações materiais mínimas para uma existência digna, dirige-se inicialmente ao legislador, para a escolha dos meios e a definição dos recursos necessários para tanto. Não obstante, ficando inerte o legislador, ou regulando o direito de modo insuficiente, autoriza também aqui intervenção jurisdicional direta para regular a norma de solução do caso concreto”. Eurico Bitencourt Neto, op. cit., pg. 128.

autorização excepcional e limite para a jurisdição constitucional relativa a direitos sociais - é extremamente importante para que possamos responder à pergunta deste tópico.

Partindo-se da premissa que assumimos no final do capítulo 4, de que o mínimo existencial não tem tido qualquer utilidade relevante no discurso jurisprudencial brasileiro, a questão acerca de uma possível e eventual utilidade jurídica da ideia no Brasil será assim desdobrada em duas: (i) pode o mínimo existencial exercer uma função autorizativa da atuação judicial e em quais circunstâncias?; (ii) pode o mínimo existencial exercer uma função de autocontenção da jurisdição constitucional e em quais circunstâncias?

5.1.1. A função jurídica autorizativa da ideia de mínimo existencial no Brasil: sua reduzida utilidade em relação à maioria dos direitos sociais e sua pertinência em casos extremos e na dimensão negativa

Como já mencionamos anteriormente, Ingo Sarlet, ao tratar da ideia de mínimo existencial e constatar que seu surgimento se deu em um contexto de ausência de direitos sociais constitucionais expressos, afirma ser pertinente o questionamento acerca da necessidade/utilidade da ideia no ordenamento jurídico brasileiro, já que a Constituição Federal foi reconhecidamente pródiga na consagração de direitos sociais a prestações materiais⁴⁴¹.

Elival da Silva Ramos, atento à pertinência do questionamento em tela, manifesta seu entendimento no sentido de que não haveria qualquer utilidade jurídica para a ideia de mínimo existencial no Brasil, ideia que de resto seria impregnada de “*acentuada dose de subjetivismo*”. Isto porque, a profusão de direitos sociais expressos no texto constitucional faz com que todas as prestações essenciais que pudessem estar abrangidas na ideia estejam devidamente positivadas, retirando sua aplicabilidade desta circunstância⁴⁴².

⁴⁴¹ Ingo Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 323.

⁴⁴² *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, São Paulo – 2007, pg. 352.

Somos obrigados a concordar, quase que por completo⁴⁴³, com mencionada opinião de Elival da Silva Ramos, mas é preciso ter em mente que este seu posicionamento tem em vista, se não totalmente, ao menos primordialmente, o mínimo existencial em sua função autorizativa.

Com efeito, não há dúvidas de que a ideia de mínimo existencial deixa de ter grande parte de sua utilidade em um contexto em que um direito social esteja previsto de modo expreso e completo, em normas de eficácia plena, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais. Isto porque, se um determinado direito está previsto em uma norma de eficácia plena, simplesmente não importa se o mesmo se refere a uma prestação essencial e imprescindível à garantia da pessoa humana ou não. Em qualquer hipótese, o direito em questão será imediatamente exigível perante o Poder Judiciário.

Assim é que, por exemplo, são igualmente exigíveis de modo direto perante o Poder Judiciário tanto o direito dos idosos carentes ao recebimento de benefícios assistenciais - previsto no art. 203, V da CF e que obviamente integra qualquer ideia que se tenha de mínimo existencial - quanto o direito dos idosos maiores de 65 anos à gratuidade no transporte público - previsto no art. 230, §2º da CF e cuja absoluta essencialidade é no mínimo discutível⁴⁴⁴. A ideia de mínimo existencial, à luz da existência expressa destes direitos, perde realmente muito de sua utilidade enquanto categoria jurídica.

Por esta razão, não podemos concordar com Ana Paula de Barcellos na tentativa que faz de delimitar qual seria o conteúdo da ideia de mínimo existencial no Brasil. Isto porque, em sua obra *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*⁴⁴⁵, esta autora se propõe a retirar do próprio texto constitucional qual seria este conteúdo concreto, salientando que, para a alegria da tradição positivista brasileira, a característica detalhista e analítica de nossa Constituição pouparia o trabalho do intérprete e revelaria quatro elementos que comporiam a ideia de mínimo existencial: o direito à educação básica, o direito à saúde básica, o direito dos desamparados à assistência e o acesso à justiça⁴⁴⁶. A

⁴⁴³ Nossas ressalvas a esta opinião serão expressas mais à frente, mas consistem basicamente em entendermos que o fato de a constituição brasileira ser analítica, embora reduza muito o papel autorizativo da ideia de mínimo existencial no Brasil, não tem o condão de excluí-lo por completo.

⁴⁴⁴ Nada obstante tenha o STF se utilizado da ideia de mínimo existencial para tratar de ambas as matérias, vide ARE 639.337 AgR/SP e ADI 3768/DF.

⁴⁴⁵ Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro – 2011.

⁴⁴⁶ “Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação

esta conclusão chega a autora, como dito, através de uma análise sistemática do texto constitucional⁴⁴⁷.

Neste sentido, diz a autora que o mínimo existencial relativo à educação básica abrangeria o ensino regular que vai dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade (pré-escola, ensino fundamental e ensino médio), nos termos do que prescreve o artigo 208, I da Constituição Federal. Isto quer dizer, em suma, que *“o indivíduo poderá exigir judicialmente uma vaga em alguma escola pública onde possa ter acesso à educação básica em seus diferentes níveis”*.

Em que pesem os respeitáveis argumentos manejados por Ana Paula de Barcellos, entendemos não fazer sentido buscar-se em normas de eficácia plena relativas a direitos sociais insculpidas na Constituição uma concepção jurídica do que seja o mínimo existencial, ainda que as prestações destas normas decorrentes sejam de fato essenciais à sobrevivência digna dos indivíduos. Isto porque, como se viu, a ideia de mínimo existencial surgiu justamente para autorizar o Judiciário a agir e conceder prestações sociais com base exclusivamente em princípios ou normas de eficácia limitada. Se já existe norma que concede de modo pleno uma determinada prestação, sua possibilidade de realização pelo Judiciário decorre de sua própria normatividade, não dependendo de qualquer outro expediente argumentativo, como é o mínimo existencial⁴⁴⁸. Em outras palavras, o direito plenamente exigível de uma criança à obtenção de uma vaga no ensino fundamental existe por força do que dispõe texto expresso da Constituição Federal, pouco importando se considerado supérfluo ou essencial em termos de garantia da vida humana digna⁴⁴⁹.

básica (assumindo-se a nova nomenclatura constitucional), a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”. Idem, pg. 302.

⁴⁴⁷ A análise detalhada dos diversos dispositivos constitucionais que tratam destes direitos sociais e que conduzem às suas conclusões se encontra na obra da autora entre as fls. 303 e 349.

⁴⁴⁸ É exatamente o que afirma Fernando Fróes Oliveira, usando como exemplo o pedido judicial de fornecimento de medicamentos já constantes das listas oficiais do SUS: *“Se o medicamento aparece previsto em uma lista oficial, existe obrigação jurídica, a partir da portaria correspondente e da Lei n. 8.080/1990, de que o Poder Público o disponibilize. Ponto. O tema esgota-se aqui, não havendo qualquer necessidade de discutir superfluamente reserva do possível ou mínimo existencial”*. *Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro – 2013, pg. 250.

⁴⁴⁹ *“No caso do direito à educação, a norma do art. 6º é contemplada pela do art. 205 (...). Se o Constituinte não houvesse avançado além desse ponto, restaria indiscutível a natureza programática do direito à educação, enquanto típico direito social a prestação estatal, podendo comportar inúmeras facetas, a serem moldadas pelo legislador ordinário, na medida em que condições econômicas permitissem o efetivo e pleno funcionamento do serviço público correspondente. No que concerne a uma dessas conformações do direito à educação, entretanto, decidiu o Constituinte investir os destinatários de direito subjetivo exercitável de*

A rigor, entendemos que a utilização da ideia de mínimo existencial inclusive em casos em que há normas de eficácia plena que amparem um determinado direito social - na linha do que propõe, salvo melhor juízo, Ana Paula de Barcellos - é não apenas inútil, como também prejudicial, sendo uma das razões pelas quais esta ideia tem se tornado um mero *topos* argumentativo na Jurisprudência brasileira, conforme apontamos no capítulo 4. Esta nossa opinião é compartilhada, entre outros, por Fernando Fróes Oliveira⁴⁵⁰:

“Tais conceitos (mínimo existencial e reserva do possível) só seriam invocados caso não houvesse uma decisão política explícita sobre o remédio em pauta, o que, aliás, resta indiretamente aferível do próprio acórdão. Expandir o mínimo, eis o elemento importante, traz os mesmos efeitos deletérios produzidos pela expansão de direitos constitucionais, com o agravante de que se trata de uma orientação moral de difícil controle. Não é esta sua missão: o mínimo não deve ser protagonista em amplitude, mas sim em profundidade”.

Com isto queremos dizer que, em um contexto de muitas normas constitucionais de eficácia plena consagradoras de direitos sociais, como é o contexto brasileiro, não há dúvidas de que a ideia de mínimo existencial perde muito de sua função autorizativa. Prova disso é que, segundo demonstramos no anterior, em diversas vezes em que a ideia de mínimo existencial foi invocada pelos tribunais brasileiros, ela o foi de modo desnecessário, apenas como reforço argumentativo, como nos casos relativos ao ensino fundamental ou à impenhorabilidade de bens⁴⁵¹.

De fato, diversos autores que tratam do tema do mínimo existencial incluem em seu conteúdo, com pequenas variações, padrões mínimos de atendimento de direitos como educação, assistência social e acesso à justiça (além, é claro, do direito à saúde)⁴⁵². Ora, não há dúvidas de que a Constituição brasileira já positivou, por intermédio

pronto, ao declarar que “o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo””. Elival da Silva Ramos, *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, São Paulo – 2007, pg. 342.

⁴⁵⁰ Fernando Fróes Oliveira, op. cit., pg. 250.

⁴⁵¹ Ainda uma vez, Juliana Maia Daniel, *O Mínimo Existencial no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, dissertação de mestrado apresentada à FADUSP em 2013, pg. 130/131.

⁴⁵² Ana Paula de Barcellos, por exemplo, afirma que o mínimo existencial é composto de quatro elementos, sendo três de natureza material e um de natureza procedimental. São eles: a educação básica, a saúde básica,

de normas de eficácia plena, conteúdos mínimos destes direitos, prevendo, por exemplo, o acesso ao ensino obrigatório (art. 208, IV e §1º), o benefício assistencial de prestação continuada aos portadores de deficiências e idosos que não tenham como prover seu sustento (art. 203, V) e a concessão de justiça gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV). Assim, dificilmente há que se invocar a ideia de mínimo existencial no que respeita a estes direitos.

Ocorre, todavia, que, ousando discordar de Elival da Silva Ramos, entendemos que a positivação de conteúdos mínimos destes direitos, muito embora reduza sobremaneira a função autorizativa da ideia de mínimo existencial em relação a eles (e sem dúvida reduz, como dito), não é capaz de excluir por completo sua aplicabilidade. É que, a nosso ver, as realidades e as contingências da vida humana são dinâmicas demais para serem previstas de modo absolutamente exaustivo pelas normas jurídicas, por mais analíticas que possam ser. Deste modo, sempre poderá haver, em tese, situações absolutamente extremas, não previstas de antemão, em que a preservação da dignidade da pessoa humana demande o reconhecimento judicial de direito individual a uma prestação com fundamento direto no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. Como procuraremos deixar claro no capítulo 6 abaixo, acreditamos que estas situações extremas são mais passíveis de ocorrer em se tratando de prestações relacionadas ao direito à saúde.

Assim é que, embora deva ser de utilização rara, acreditamos impossível e inconveniente alijar por completo os tribunais da possibilidade de garantir prestações materiais a cidadãos sem qualquer previsão em normas autoaplicáveis. Em igual sentido, parece-nos ser, por exemplo, o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade, que, no contexto de uma Constituição consideravelmente generosa no que respeita aos direitos sociais, como é a portuguesa, e defendendo uma atuação autocontida da jurisdição constitucional, tal como fazemos neste trabalho, afirma o valor autorizativo da ideia de mínimo existencial, enquanto válvula de segurança dos cidadãos em casos de injustiças extremas.

a assistência social e o acesso à Justiça (op. cit., pg. 302 – conforme já citamos anteriormente). Robert Alexy, por sua vez, tendo como horizonte de análise a realidade da atual sociedade alemã, afirma que o mínimo existencial seria composto por uma moradia simples, educação fundamental, média e profissionalizante e um patamar mínimo de assistência médica (*Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, pg. 512).

*“Em casos excepcionais, pode pensar-se em retirar diretamente da Constituição um direito a determinada prestação social: julgamos que isso será admissível quando esteja em causa o conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, nomeadamente em situações de necessidade ou injustiças extremas, de tal modo que, a verificarem-se, permitam configurar este recurso como uma válvula de segurança da ordem jurídico-constitucional”*⁴⁵³.

Como se verá, não é nem de longe a intenção deste trabalho afirmar de modo conclusivo em quais casos a jurisdição constitucional deve intervir sob o manto da ideia de mínimo existencial (faremos no máximo sugestões). Nada obstante, acreditamos possível considerar como casos extremos, citados por Vieira de Andrade, os fatos descritos em algumas decisões encontradas em nossos tribunais, referentes à quebra na cronologia do pagamento de precatórios em virtude de serem os particulares credores portadores de doenças gravíssimas, mesmo antes da EC 62 de dezembro de 2009⁴⁵⁴. É devido a casos como estes que acreditamos que a ideia de mínimo existencial continua tendo seu valor autorizativo, mesmo no contexto brasileiro de direitos sociais positivados de modo pormenorizado.

Além disso, como se viu, a ideia de mínimo existencial tem uma dupla dimensionalidade, servindo tanto como autorização para o suprimento de omissões inconstitucionais, quanto como direito de defesa contra atos estatais. O fato de o ordenamento brasileiro trazer uma série de direitos sociais positivados, seja em nível constitucional, seja em nível infraconstitucional, não exclui a possibilidade de o mínimo existencial ser invocado como direito de defesa, sendo, a nosso ver, conveniente que o seja em casos em que o Estado eventualmente adote medidas que reduzam direitos sociais a

⁴⁵³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra – 2012, pg. 369.

⁴⁵⁴ Apenas como exemplo, ver o agravo regimental n. 9034103-36.2007.8.26.0000, julgado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo em julho de 2009, em que se admitiu o sequestro de verbas públicas (em hipótese não admitida então pela Constituição) e a quebra da ordem cronológica para o pagamento de precatório a credora que sofria de doença gravíssima (neoplasia maligna da mama – CID C50.9), que lhe gerava a necessidade de se submeter a diversas internações e a utilizar diversos medicamentos, que, obviamente, demandavam muitos recursos. Naquela oportunidade, foram as seguintes as palavras dos desembargadores julgadores: “o grave estado de saúde exige imediato sequestro da verba pública devida, para que lhe seja assegurado um mínimo de tranquilidade, indispensável para a continuidade da assistência médica, com preponderância da dignidade da pessoa humana – valor de magnitude constitucional, tratando-se de direito fundamental – sobre outros regramentos processuais, incluindo os concernentes à constrição de rendas da Fazenda do Estado de São Paulo”.

prestações materiais já existentes para aquém de um limite mínimo. Muito embora os tribunais brasileiros utilizem a ideia de mínimo existencial predominantemente a partir de sua dimensão positiva, como demonstrado, a utilização da ideia em sua dimensão negativa não pode ser descartada.

5.1.2. A função jurídica de autocontenção da ideia de mínimo existencial no Brasil: a conveniência de sua adoção e a necessidade de predefinição de seu conteúdo

Mas para além da função autorizativa que a ideia de mínimo existencial pode exercer no Brasil - que é reduzida, porém existente, como vimos de sustentar - pode esta ideia exercer uma função de autocontenção da jurisdição constitucional, tal como parte da doutrina parece sugerir?⁴⁵⁵

Neste trabalho, defendemos que sim. Ao que nos parece, a total inutilidade do mínimo existencial enquanto instrumento de autocontenção verificada na jurisprudência brasileira não é uma circunstância insuperável, já que a ideia de que a atuação da jurisdicional constitucional em matéria de direitos sociais a prestações materiais deva se dar apenas e tão somente no limite do que seja estritamente necessário à existência humana digna, se levada a sério, encarna e traz consigo uma postura minimalista. É neste sentido também a opinião de Fernando Fróes Oliveira, segundo quem, *“a singela constatação de que o Estado não deve ser provedor universal de prestações materiais, mas ao revés, garantidor das condições básicas para o desenvolvimento da pessoa, o que se reflete no processo deliberativo, já permite algum avanço no debate para excluir uma série de postulações no âmbito do Judiciário”*⁴⁵⁶.

Segundo entendemos, esta possibilidade que sustentamos - de que o mínimo existencial pode servir de limite à jurisdição constitucional relativa a direitos sociais - depende de dois fatores para se tornar efetiva, e é justamente a não observância dos mesmos que tem gerado sua total inutilidade. O primeiro destes fatores é, por assim dizer, o próprio reconhecimento da necessidade de se estipular limites.

⁴⁵⁵ Ver tópico 2.5 supra.

⁴⁵⁶ *Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2013, pg. 242.

Ao longo de toda primeira parte do presente trabalho, procuramos expor nosso entendimento de que a jurisdição constitucional deve atuar em linhas gerais de modo autocontido, sob pena de, desvirtuando o valor que o controle de constitucionalidade pode ter, sacrificar o caráter democrático do Estado. Procuramos expor, em seguida, que este imperativo de autocontenção é ainda mais forte no que respeita aos direitos sociais e que a forma maximalista pela qual o Judiciário brasileiro tem tratado estes direitos, sobretudo o direito à saúde, tem gerado uma série de efeitos perniciosos.

Em sendo verdadeiras estas premissas que adotamos, faz-se indiscutível a total conveniência na adoção de parâmetros de autocontenção do Judiciário na seara dos direitos sociais. Com isso queremos pontuar que a efetiva utilidade da ideia de mínimo existencial enquanto instrumento de autocontenção depende de uma filiação anterior à opinião de que a adjudicação relativa aos direitos sociais deve ser excepcional e limitada.

Não há dúvidas de que os juízes brasileiros, em geral, ainda não se convenceram da necessidade de autocontenção no que respeita aos direitos sociais. A verificação de todos os fatores impulsionadores do ativismo judicial, apontados no item 2.2.1 acima, somada à existência do controle difuso de constitucionalidade, à situação de grande desigualdade social do nosso País e à doutrina neoconstitucionalista, acaba por estimular uma atuação salvacionista e, em decorrência, maximalista do Judiciário. Sem que se crie no seio da magistratura a mentalidade e a cultura jurídica de autocontenção, não há como sustentar a ideia de mínimo existencial enquanto parâmetro de atuação, assim como não há sentido em se discutir de que forma em Jesus Cristo poderia haver conciliação entre as naturezas humana e divina entre pessoas ateias⁴⁵⁷.

Admitida, pois, esta mencionada necessidade de autocontenção, há ainda um fator a se observar. Faz-se de suma importância notar que a ideia de mínimo existencial só servirá efetivamente como instrumento de autocontenção se puder obter um grau mínimo e pré-definido de concretude e delimitação; isto é, se for restrita e conceitualmente anterior à existência da demanda, por mais difícil que possa ser a princípio esta tarefa de concretização e delimitação.

⁴⁵⁷ Como já dissemos, a influência da cultura jurídica na formação dos institutos jurídicos é mencionada nas obras de José Reinaldo de Lima Lopes e Neal Tate (ver item 2.1 supra).

Conforme procuramos demonstrar no capítulo 4 acima, a jurisprudência brasileira tende a entender que qualquer prestação material relativa a direitos sociais estaria contida na ideia de mínimo existencial. Ora, um mínimo existencial com esta amplitude, por óbvio, não pode servir à autocontenção. Além disso, inclusive sob a influência da doutrina neoconstitucionalista - que prega a ponderação como forma primordial de aplicação do direito⁴⁵⁸ - diversas decisões judiciais trazem em si a ideia de que o mínimo existencial só pode ser definido no caso concreto, após o sopesamento dos direitos em conflito. Ora, um limite que pode ser removido e alterado por aqueles que com ele se defrontam não pode ser considerado verdadeiramente um limite, assim como não se pode dizer que uma porta fechada, porém destrancada, impede a entrada de quem quer que seja em um determinado recinto.

Neste sentido, retomando a distinção que fizemos no item 3.1 acima, baseados nos ensinamentos de Eros Roberto Grau, entendemos que a utilidade da ideia de mínimo existencial enquanto mecanismo de autocontenção da jurisdição constitucional depende de sua assunção enquanto conceito, isto é, ideia dotada de atemporalidade. Como já dissemos e salientaremos mais adiante, o entendimento de parte da doutrina no sentido de que a ideia de mínimo existencial seria uma noção, trazendo consigo grande carga de historicidade e variabilidade conforme os casos e contextos concretos⁴⁵⁹, tem contribuído para a ampliação da ideia e para sua consequente inutilidade.

Dizer que uma determinada ideia é um conceito, e que por isso é passível de delimitação apriorística, não quer dizer, entretanto, que esta delimitação seja sempre simples de ser levada a cabo. O mínimo existencial (assim como, por exemplo, a ideia de razoabilidade) se insere na categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, que, ao

⁴⁵⁸ Humberto Ávila, “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp,pg.02>.

⁴⁵⁹ Entre estes autores, apenas como exemplo, conta-se Eurico Bittencourt Neto, que defende que a definição do que seja existência humana digna varia de acordo com tempo e o lugar, a depender do grau de desenvolvimento econômico da sociedade na qual se perquire: “É certo que o padrão de desenvolvimento econômico e social, os valores culturais e outros dados identificadores de determinada sociedade influenciam fortemente – mesmo em um contexto de globalização econômica, cultural e jurídica – a compreensão do que se possa considerar, por exemplo, um nível aceitável de bem-estar social, ou do que se possa reconhecer como necessidades básicas para que se considere respeitada e protegida a dignidade humana. Não obstante, o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana postulam, qualquer que seja o nível de desenvolvimento econômico e social, a proteção do Estado, em situações extremas, que, se é certo que ocorrem com mais frequência em sociedades pobres, não são inexistentes em sociedades ricas e com menor grau de desigualdades sociais”. *O Direito ao Mínimo para Existência Digna*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2010, pg. 114.

contrário dos chamados conceitos teóricos, são plurissignificativos, possibilitando certa margem de discricionariedade interpretativa ao aplicador⁴⁶⁰. Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁶¹, o diálogo jurídico se utiliza de conceitos deste tipo não exatamente por uma opção, mas diante de uma “*inexorável contingência prática*”. Diante de um cenário fático de diversas possibilidades de aplicação de uma norma, seria inconveniente a fixação de regras claras acerca das hipóteses de incidência, pelo que o discurso jurídico tem de se valer da prudência do aplicador para preservar sua finalidade. Este raciocínio, que vale para os textos normativos, vale também para o discurso doutrinário e jurisprudencial.

Ao mesmo tempo, todavia, que o recurso a um conceito juridicamente indeterminado se faz inevitável no discurso jurídico em algumas situações, existe o perigo de o mesmo se tornar tão fluído que deixe de servir ao diálogo intersubjetivo, tornando-se inútil. Se o recurso a um conceito jurídico indeterminado for de fato inevitável, cabe à doutrina, à jurisprudência ou mesmo à lei, a busca de sua delimitação, até onde isto for conveniente e possível.

Esta lição, retirada da teoria do direito, se aplica perfeitamente ao objeto de nossa análise. A ideia de mínimo existencial não poderá de modo algum servir de limite à atuação da jurisdição constitucional se não puder, ao menos em linhas gerais, ser definida de modo claro pelos interlocutores do debate jurídico. É justamente devido a esta circunstância, somada à dificuldade existente em sua definição, que diversos autores simplesmente rechaçam a utilidade da ideia em tela como instrumento de autocontenção, entre os quais se conta Thiago dos Santos Acca, que ressalta a dificuldade da aplicação da ideia aos casos concretos devido ao seu alto grau de imprecisão⁴⁶².

⁴⁶⁰ Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz uma distinção entre conceitos jurídicos indeterminados, valorativos e discricionários. A diferença entre os primeiros e os últimos seria que os indeterminados admitiriam sempre uma determinação, ou objetivação, através da constituição de *standards*, enquanto os últimos jamais seriam passíveis de “fechamento”, renovando-se a cada uso concreto. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2003, pg. 290.

⁴⁶¹ Celso Antônio de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2011, pg. 974. Neste trecho o autor está tratando do uso dos conceitos indeterminados pelo legislador. Entendemos, nada obstante, que o mesmo raciocínio se aplica ao discurso dogmático.

⁴⁶² “*A adoção de critérios, como mínimo existencial, dignidade da pessoa humana ou núcleo mínimo, que estabeleçam um conteúdo mínimo para os direitos sociais a fim de se determinar as situações em que esses direitos poderiam ser aplicados diretamente a partir do texto constitucional, ou seja, sem a necessidade de legislação infraconstitucional, possui duas grandes limitações. Em primeiro lugar, embora essa não me pareça ser a crítica mais relevante, esses conceitos não são facilmente aplicáveis a casos concretos, tendo em vista seu alto grau de imprecisão. Como já apontado na literatura jurídica nacional, esses conceitos precisam ser explicados, e geralmente não são, o que não é uma tarefa simples.*” Thiago dos Santos Acca,

Discordando neste ponto destes autores, acreditamos na utilidade da ideia de mínimo existencial enquanto instrumento de autocontenção da jurisdição constitucional relativa a direitos sociais justamente porque acreditamos na possibilidade de que a ideia em tela possa ser delimitada e conceituada em grande medida.

Este trabalho de delimitação e conceituação do que sejam na prática estas prestações mínimas - cuja realização caberia ao Judiciário independentemente de qualquer concretização normativa que não a própria cláusula constitucional da dignidade humana - não constitui, obviamente, tarefa das mais simples. Todavia, acreditamos que se os juízes em geral adotassem a ideia de mínimo existencial como parâmetro (isto é, se houvesse relativo consenso a respeito de sua importância), a multiplicação de decisões judiciais que dela tratassem seria capaz de gerar certa uniformidade e, conseqüentemente, fazer com que a doutrina tivesse mais elementos para a construção de um conceito de mínimo existencial que de fato garantisse a dignidade humana dos cidadãos nos diversos casos concretos, sem gerar todos os efeitos deletérios verificados nos nossos dias.

Ao que nos parece, é este também o entendimento de Fernando Fróes de Oliveira. Em sua obra *Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa*, este autor fluminense defende que a ideia de mínimo existencial seja utilizada como base para a construção da teoria dos direitos sociais, já que, sem a garantia de condições materiais mínimas, não haveria a possibilidade de exercício da liberdade por parte dos cidadãos e, conseqüentemente, não haveria como se promover a democracia deliberativa⁴⁶³. Em seguida, o autor reconhece a existência inevitável de algum grau de subjetividade na verificação concreta do que seja o mínimo existencial⁴⁶⁴, mas sustenta a opinião de que a colocação da ideia em uma posição central e sua adoção como base para a doutrina dos direitos sociais será capaz de fazer com que tanto o Judiciário quanto a doutrina deem concretude ao conceito, ao ponto de torná-lo útil ao diálogo jurídico intersubjetivo. *In verbis*:

“A partir do momento em que o mínimo passa a ser a referência teórica de legitimidade do ordenamento e, diante do modelo constitucional brasileiro, torna-se base para a judicial review, a tendência é a

Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2013, pg. 134.

⁴⁶³ Op. cit., págs. 193 a 209.

⁴⁶⁴ Idem, pg. 242.

*diminuição das disparidades entre as decisões. Ainda que, como dito, não se possa formular uma lista fechada, em abstrato, do conjunto de prestações abrangidas pelo mínimo, a repetição dos casos proporcionará alguma uniformidade. Mais importante até, quando o mínimo torna-se referência precípua para as decisões judiciais e base para o sistema jurídico, ele é transferido automaticamente para o debate público. Como existe uma referência para a atuação da Corte Constitucional, passa a haver um ponto central para crítica, seja dos operadores jurídicos, seja dos antropólogos, dos sociólogos, dos filósofos ou mesmo da sociedade civil. Com isso, a tendência é um aprimoramento das decisões judiciais, bem como uma intervenção decrescente do Judiciário, porque os agentes políticos provavelmente desenvolverão projetos para abranger o mínimo, com prioridade em relação ao que a ele excede. O mínimo, quando colocado em sua posição de centralidade, pode tornar-se referência para toda atuação do Estado na área social (...)*⁴⁶⁵.

5.2. A construção de um conceito funcional de mínimo existencial

No tópico anterior, procuramos deixar claro nosso entendimento de que a utilidade da ideia de mínimo existencial como parâmetro à jurisdição constitucional relativa a direitos sociais depende, primeiramente, do reconhecimento da necessidade de autocontenção judicial nestes casos e, em segundo lugar, da possibilidade de predefinição em grande medida de seu conteúdo.

Pois bem. A partir deste entendimento e a fim de identificar um conceito de mínimo existencial que seja capaz de exercer esta função de parâmetro e limite, buscaremos elementos na doutrina que trata do chamado “conteúdo essencial” (ou núcleo essencial) dos direitos fundamentais.

Faremos isto por basicamente duas razões. A primeira delas se refere ao fato de que parte da doutrina costuma enxergar uma correspondência entre as ideias de mínimo existencial e de conteúdo essencial dos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Assim o faz, por exemplo, Ricardo Lobo Torres, segundo quem “o conteúdo

⁴⁶⁵ Idem, pg. 243.

essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade”⁴⁶⁶.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva indica a existência de uma relação automática e intuitiva entre a ideia de que haja um conteúdo essencial dos direitos sociais e o conceito de mínimo existencial⁴⁶⁷, relação esta feita inclusive pelo STF em algumas oportunidades, ainda que nem sempre de modo expresso⁴⁶⁸.

A segunda das razões pelas quais entendemos conveniente buscar na doutrina relativa ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais elementos para uma conceituação de mínimo existencial se refere ao simples fato de que a identificação de ambas estas ideias já afasta a possibilidade de equiparação do mínimo existencial com todo o conteúdo possível dos direitos sociais - já que admite que um direito social seja restringido, ou não garantido em sua totalidade. Em outras palavras, se o mínimo existencial é o conteúdo essencial dos direitos sociais, por óbvio nem todas as prestações relativas a um direito social podem ser consideradas como integrantes do mínimo. Como já dissemos, acreditamos que esta ampliação da ideia de mínimo existencial encontrada na jurisprudência é, sem dúvida, uma das razões pelas quais a ideia tem perdido toda a sua utilidade nos nossos dias.

5.2.1. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos sociais

Desde que as constituições passaram a prever os direitos fundamentais, os aplicadores do direito se depararam com situações em que, para que um determinado direito pudesse ser garantido, o Estado teria de adotar medidas que de certo modo

⁴⁶⁶ Ricardo Lobo Torres, *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 318.

⁴⁶⁷ *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo - 2011, pg. 204.

⁴⁶⁸ “Mesmo quando o STF não fala, expressamente, em “conteúdo essencial” ou “núcleo essencial”, a ideia é utilizada em um sem-número de julgados, quando alguns votos ressaltam, por exemplo, que “na ponderação de valores contrapostos, (...) a restrição imposta nunca pode chegar à individualização de um deles”; ou que “(...) a garantia constitucional da ampla defesa tem, por força direta da Constituição, um conteúdo mínimo essencial, que independe da interpretação da lei ordinária que a discipline”; ou quando se fala em um direito a um “mínimo existencial””. Idem, pg. 22.

restringiam a fruição de um outro, igualmente fundamental. Com a constatação de que estas restrições poderiam ser capazes de na prática esvaziar por completo o direito restringido, passou-se a sustentar a ideia de que as mesmas não poderiam ir além de um determinado limite, consistente na preservação mínima de algum conteúdo do direito restringido⁴⁶⁹.

Seguindo esta lógica, Gilmar Ferreira Mendes nos informa que algumas ordens constitucionais consagraram expressamente a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais⁴⁷⁰. Assim o fez, por exemplo, de maneira pioneira, a Lei Fundamental de Bonn, que no §2º de seu artigo 19 prescreve que em nenhum caso um direito fundamental poderá ser violado em sua essência⁴⁷¹. No mesmo sentido, a Constituição Portuguesa de 1976 estabelece, em seu art. 18º, 3, que “*as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*”.

A Constituição da Espanha (art. 53, 1), por sua vez, prevê que os “*direitos e liberdades (...) vinculam todos os poderes públicos*” e que “*somente por lei, que, em qualquer caso, deverá respeitar seu conteúdo essencial, poderá ser regulado o exercício de tais direitos e liberdades (...)*”. Previsões semelhantes podem ser encontradas nas constituições da Polônia, da Estônia, da Hungria, da Romênia, da Eslováquia⁴⁷² e da Grécia⁴⁷³.

A Constituição brasileira de 1988, muito embora tenha recebido grande influência da Constituição portuguesa e tenha sido bastante generosa no que respeita aos direitos fundamentais, não traz uma previsão semelhante. Nada obstante, a doutrina

⁴⁶⁹ “*A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante. Mesmo quando o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanecerá vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos*”. Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2015, págs. 392 e 393.

⁴⁷⁰ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2012, pg. 56.

⁴⁷¹ “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*”

⁴⁷² Virgílio Afonso da Silva, op. cit., pg. 25.

⁴⁷³ Ingo Wolfgang Sarlet e outros, op. cit., pg. 393.

costuma reconhecer que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais resta garantido no ordenamento jurídico brasileiro, seja como decorrência lógica da existência da cláusula pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da CF⁴⁷⁴, seja como decorrência do modelo de direitos fundamentais como um todo. Neste sentido, afirma Gilmar Ferreira Mendes: “*embora o texto constitucional brasileiro não tenha consagrado expressamente a ideia de um núcleo essencial, afigura-se inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte*”⁴⁷⁵.

Na mesma linha, Virgílio Afonso da Silva aponta que o reconhecimento da existência do conteúdo essencial tem sido cada vez mais frequente na jurisprudência brasileira, inclusive do STF⁴⁷⁶. Cita este autor, como exemplo, as palavras do Ministro Celso de Mello quando do julgamento do HC 82.424/RS (o chamado caso “Ellwanger”) em 2003: “*entendendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, hic et nunc, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*”.

Pois bem. Se a garantia do conteúdo essencial impede que o Estado aja de modo ilimitado para restringir um determinado direito fundamental, quando a garantia de um determinado direito, por sua própria natureza, depender de uma atuação positiva do Poder Público, o conteúdo essencial demandará um nível mínimo de atuação estatal. Daí se percebe a relação intuitiva, mencionada por Virgílio Afonso da Silva, entre as ideias de mínimo existencial e de conteúdo essencial dos direitos sociais, que são justamente os direitos que demandam ações estatais⁴⁷⁷. É que, no que respeita aos direitos sociais, são as

⁴⁷⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, muito embora manifeste seu entendimento de que “*o significado da tutela assegurada por conta de uma garantia (implícita) do núcleo essencial, não pode ser simplesmente equiparado à função dos limites materiais do poder de reforma constitucional*”, cita decisão do STF quando do julgamento da ADI 2024, em que consta o seguinte trecho: “*as limitações materiais do poder constituinte de reforma (...) não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege*”. Idem, pg. 394.

⁴⁷⁵ Op. cit., pg. 61.

⁴⁷⁶ Op. cit., pg. 21.

⁴⁷⁷ Marcos Sampaio explica essa relação: “*Outra estratégia possível é defender que o conteúdo essencial dos direitos sociais pode ser definido a partir daquilo que a doutrina denomina mínimo existencial. A proteção do núcleo essencial, diante de uma restrição à dimensão prestacional, consiste, na verdade, numa ausência*”

omissões estatais que constituem ameaça ao conteúdo essencial de direitos como a saúde ou a educação, já que se omitir nestes casos é restringir⁴⁷⁸. De acordo com a lógica do conteúdo essencial, o Estado poderia se omitir até um determinado limite mínimo, além do qual a omissão seria inconstitucional⁴⁷⁹.

É fato que nem todos os autores concordam com esta identificação que apontamos - e que defendemos - entre as ideias de mínimo existencial e de conteúdo essencial dos direitos sociais. Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, embora reconheça a existência de pontos de contato entre ambas as ideias, rechaça a identificação completa entre as mesmas⁴⁸⁰. Assim o faz, manifestando sua preocupação de que a identificação entre o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos sociais poderia implicar em um esvaziamento do âmbito de proteção dos direitos sociais. É este também o entendimento de J.J. Gomes Canotilho, segundo quem, muito além da mera garantia do mínimo, deve o Judiciário colaborar para o direcionamento do Estado no sentido da realização em plenitude dos direitos sociais⁴⁸¹.

ou inércia de configuração do respectivo direito. Nesse caso, como já se defendeu, o Estado, que deveria agir para assegurar o direito, permanece inerte, incorrendo em inconstitucionalidade por omissão (...). Qualquer digressão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete, imediata e quase intuitivamente, ao mínimo existencial na expectativa de que ele represente uma parcela elementar do próprio direito, aquém da qual perde significado concreto, desfigurando-se completamente. A omissão inconstitucional reside em deixar de adotar as medidas indispensáveis à realização desse mínimo". O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais, Editora Saraiva, São Paulo – 2013, pg. 222.

⁴⁷⁸ "Se "proteger direitos sociais" implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta "o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?" tem que, necessariamente, incluir ações. "Proteger direitos", nesse âmbito, significa "realizar direitos". Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da dimensão negativa das liberdades públicas, intervir significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário: intervir, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente". Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, pg. 77.

⁴⁷⁹ "Se nada há de excessivo no mínimo existencial, que desborde a sua base, segue-se que ele é insuscetível de ponderação e de restrições pelo legislador. Os direitos sociais prestacionais, que excedam o mínimo existencial, não sendo fundamentais, estão abertos às restrições do legislador democrático". Ricardo Lobo Torres, *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 319.

⁴⁸⁰ "Embora o mínimo existencial esteja em contato com os diversos direitos sociais individualmente considerados e existam zonas de convergência quanto aos respectivos conteúdos (âmbitos de proteção), não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais. Aliás, aplica-se aqui (embora as peculiaridades dos direitos sociais) linha de argumentação similar a que se utiliza para a relação da dignidade da pessoa humana com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: ambos guardam maior ou menor relação (por vezes nenhuma!), mas não se confundem". *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 323.

⁴⁸¹ "O simples reconhecimento de um núcleo essencial de prestações sociais, equivalente ao núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias, impõe uma revisão do caráter prestacionalmente dependente dos

Ousamos discordar deste ponto de vista. Isto porque, a leitura das obras de Ingo Wolfgang Sarlet e de Gomes Canotilho deixa claro que as premissas de que partem estes autores são diversas das adotadas neste trabalho, já que o reconhecimento da necessidade de autocontenção da jurisdição constitucional relativa aos direitos sociais não está presente. Conforme já dissemos, a filiação prévia à ideia de que deve haver limites a esta atuação judicial é condição necessária para que se construa um conceito de mínimo existencial capaz de servir de parâmetro. Acreditamos que a identificação entre ambas as ideias (isto é, mínimo existencial e conteúdo essencial dos direitos sociais) é capaz de contribuir para tanto, não o sendo, por exemplo, o entendimento de que toda e qualquer prestação social estaria abrangida na ideia de mínimo existencial.

Tendo, pois, optado pela equiparação entre mínimo existencial e conteúdo essencial dos direitos sociais, cabe-nos verificar de que forma a doutrina tem procurado definir o que seja o conteúdo essencial. Neste caminho, a doutrina que trata do tema desde uma perspectiva subjetiva costuma ser dividida, grosso modo, em basicamente dois grandes grupos⁴⁸². O primeiro deles defende a teoria de que o conteúdo essencial seria relativo, enquanto o segundo defende a teoria de que o conteúdo essencial seria absoluto. Há ainda

direitos sociais. Isso não tanto porque não seja juridicamente correcto, mas porque, de uma forma ou de outra, todos os direitos – desde os direitos, liberdades e garantias pessoais aos direitos – apresentam dimensões caracterizadamente regulativo-prestacionais. (...) Se há um núcleo essencial de prestação, então deve colocar-se o problema da aplicabilidade directa das normas constitucionais garantidoras das prestações essenciais constitutivas desse núcleo. Esgrimir aqui com as tradicionais “reservas” – “reserva de lei” constitutiva – significaria que bastaria o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes, para se negar a existência de um núcleo essencial de prestações sociais. Afinal, a direção da constituição, ou melhor, da direção, dos direitos sociais constitucionalmente garantidor ficaria neutralizada pelas omissões legislativas e executivas. A “reserva de lei” transmuta-se em inimigo dos direitos sociais que, no fundo, são dimensões constitutivas da igual dignidade social e da justiça distributiva. É óbvio que os tribunais não podem ficar alheios à concretização judicial das normas directoras da constituição social.” J.J. Gomes Canotilho, O Direito Constitucional como Ciência de Direcção – o Núcleo Essencial de Prestações Sociais ou a Localização Incerta da Socialidade (Contributo para a Reabilitação da Força Normativa da Constituição Social), in J.J. Gomes Canotilho (coord.), Direitos Fundamentais Sociais, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, págs. 29 e 30.

⁴⁸² É que a divisão que analisaremos entre as doutrinas relativa e absoluta se encontra dentro da chamada doutrina subjetiva do conteúdo essencial, que é a doutrina que considera que sua definição deve se dar desde a perspectiva do indivíduo - no sentido de que o direito fundamental de uma determinada pessoa individualmente considerada não poderia ser restringido aquém deste mínimo. Outro grupo doutrinário atribui ao conteúdo essencial uma dimensão objetiva (que considera que sua definição deve ser feita com base no significado do direito para a vida social como um todo). Acerca do assunto, ver Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, págs. 185 a 187.

uma terceira corrente, que pode ser chamada de conciliatória, que nada mais é do que a junção de elementos das duas anteriores⁴⁸³.

5.2.2. A teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: sua redução à regra da proporcionalidade

Se pudéssemos resumir em breves palavras, diríamos que a diferença entre a teoria relativa e a teoria absoluta do conteúdo essencial é a crença na possibilidade de definição a priori (isto é, anterior ao caso concreto) de quais elementos ou que extensão de um determinado direito seriam impassíveis de restrição. Isto porque, para a teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental só pode ser aferido no momento de sua aplicação, de acordo com as circunstâncias concretas de cada processo judicial⁴⁸⁴. Explicamo-nos.

Talvez o maior defensor da teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais no Brasil seja Virgílio Afonso da Silva. Em sua obra *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, este autor sustenta a teoria relativa não como uma linha de pensamento autônoma, mas antes como consequência lógica do encadeamento e da adoção prévia de outras teorias referentes aos direitos fundamentais⁴⁸⁵.

A primeira destas teorias prévias a que se filia o autor é aquela - conhecida e tantas vezes repetidas em nossos dias - que distingue as normas jurídicas em regras e princípios⁴⁸⁶. Adotada esta distinção, passa o autor a perquirir o que de fato resta

⁴⁸³ Marcos Sampaio, *O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013, págs. 234 a 236.

⁴⁸⁴ Idem, pg. 206.

⁴⁸⁵ “Como já foi explicado anteriormente, neste trabalho não se pretende simplesmente fazer uma análise de teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais com o objetivo de, no final, optar por uma delas. Essa estratégia foi considerada como um enfoque empobrecedor. A partir dessa premissa, ficou esclarecido que essa parte do objeto deste trabalho – o conteúdo essencial dos direitos fundamentais – deve ser encarada como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados. Esses problemas – que são, na sua complexidade, o objeto do trabalho – já foram analisados até aqui e são, sobretudo, aqueles ligados: (a) à análise daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) à relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a como fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições. O que se disse anteriormente pode e deve ser retomado aqui: é da relação dessas variáveis – e de todos os problemas que as cercam – que se define, na visão deste trabalho, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo -2011, pg. 183.

⁴⁸⁶ Por ser a teoria em questão, como dito, de invocação recorrente nos trabalhos acadêmicos de nossos dias, deixamos de sobre ela discorrer com vagar, limitando-nos a transcrever trecho da obra em análise: “O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao

protegido pelos direitos fundamentais previstos na Constituição, entendendo que esta resposta também é imprescindível à opção por uma das teorias do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A este conjunto de situações protegidas, Virgílio Afonso da Silva se refere como suporte fático abstrato dos direitos⁴⁸⁷.

As teorias acerca do suporte fático abstrato dos direitos fundamentais, por sua vez, também podem ser divididas em dois grupos, conforme aponta Virgílio Afonso da Silva: aquelas que defendem um suporte fático restrito e aquelas que defendem um suporte fático amplo. Para as teorias do suporte fático restrito, as situações jurídicas efetivamente protegidas por um determinado direito fundamental fazem parte da própria definição deste direito fundamental. Assim, determinadas situações e condutas estariam a priori excluídas da proteção dos direitos fundamentais. O papel da doutrina e da jurisprudência, para esta linha de pensamento, seria apenas identificar quais condutas e situações estariam ou não abrangidas pelo direito.

Já para as teorias do suporte fático amplo, *“toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do âmbito temático de um determinado direito fundamental deve ser considerada abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis”*⁴⁸⁸. No caso concreto, pode ser que o indivíduo não possa exercer determinada conduta. Mas isto se dá em virtude de restrições impostas a seu direito por outros direitos. Para os partidários da teoria do suporte fático amplo, os direitos fundamentais não seriam absolutos.

Este ponto é de suma importância. A rigor, a grande consequência prática na admissão de uma ou outra teoria acerca do suporte fático abstrato é a admissão teórica ou não de restrições aos direitos fundamentais⁴⁸⁹. Para a teoria do suporte fático abstrato restrito, não seriam possíveis restrições aos direitos fundamentais, já que determinadas

passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) prima facie”. Idem, pg. 45.

⁴⁸⁷ *“Suporte fático é conceito quase desconhecido no direito constitucional brasileiro. No campo jurídico seu uso é limitado quase que apenas ao direito penal, âmbito do qual é também chamado de tipo; ao direito tributário, em que se costumam ser preferidas as expressões fato gerador e hipótese de incidência; e ao direito civil, sobretudo entre os civilistas influenciados por Pontes de Miranda. (...) Suporte fático abstrato é o formado, em linhas ainda gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchida o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica”*. Idem, págs. 65 e 67.

⁴⁸⁸ Idem, pg. 109.

⁴⁸⁹ Não se desconhece a distinção que alguns autores que defendem a teoria do suporte fático abstrato restrito fazem entre restrições e regulações de direitos fundamentais, distinção esta que não faz sentido à luz da teoria do suporte fático abstrato amplo. Idem, págs. 100 e 181.

condutas estariam a priori excluídas de seu âmbito de proteção⁴⁹⁰. Para a teoria do suporte fático abstrato amplo, restrições aos direitos fundamentais seriam possíveis, justamente porque nos casos concretos nem todas as consequências abstratas de um determinado direito poderiam se realizar. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva diz que, enquanto as teorias do suporte fático restrito se esforçam para definir o que de fato estaria abrangido e protegido de modo absoluto por um determinado direito, as teorias do suporte fático amplo, por admitirem que todas as situações relacionadas ao direito são por ele protegidas, se esforçam por fundamentar as possíveis restrições ao seu exercício. Trata-se de uma mudança de enfoque⁴⁹¹.

A opção por uma teoria ou outra teria, outrossim, consequências no que respeita à compreensão dos chamados limites dos direitos. Para as teorias do suporte fático abstrato restrito, o que poderia ser chamado de “limite de um determinado direito” seria sempre dado interno ou imanente a este direito, isto é, consequência de sua própria delimitação⁴⁹² - justamente por não serem admitidas restrições, que configurariam limites externos ou externamente determinados.

Um exemplo, mencionado também na obra do professor Virgílio, pode aclarar as definições em questão⁴⁹³. Pense-se na situação de um pintor que pretende pintar um quadro, montando seu cavalete no meio do cruzamento mais movimentado de uma cidade grande. A opinião geral será no sentido de que seu direito à liberdade artística não abrangerá esta situação. Os partidários das teorias do suporte fático restrito dirão que o direito à liberdade artística do pintor nunca abrangeu a possibilidade de o mesmo exercer sua arte no cruzamento em questão e que, pois, uma lei ou um ato administrativo que impeçam o tal pintor de fazê-lo não estariam restringindo seu direito fundamental (estariam, antes, tão somente declarando seu limite imanente). Já os partidários das teorias do suporte fático amplo, por sua vez, sustentarão que este pintor não tem este direito no caso concreto

⁴⁹⁰ “Em todos os casos acima mencionados – e em todas as formas de argumentação que pressupõem um suporte fático restrito – não há que se falar em restrição a direitos fundamentais e, sobretudo, não há espaço para se falar e, sopesamento de princípios”. Idem, pg. 81.

⁴⁹¹ Idem, pg. 94.

⁴⁹² “Com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna – e daí o seu nome -, que o processo de definição dos limites de cada direito é interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanentes. Assim, de acordo com a teoria interna, existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos”. Idem, pg. 128.

⁴⁹³ Idem, pg. 98. Existe ali a menção de que o exemplo seria originalmente de Friedrich Müller, que é defensor da teoria do suporte fático abstrato restrito. Para outros exemplos ver págs. 113 a 125.

em virtude de restrições impostas por outros direitos fundamentais, em especial o direito de ir e vir dos cidadãos que precisam utilizar a via pública (o limite ao direito do pintor no caso seria, pois, externo).

Ao longo da obra de Virgílio Afonso da Silva, percebe-se a adoção de uma teoria do suporte fático abstrato amplo dos direitos fundamentais, também verificada na obra de Robert Alexy. Os direitos fundamentais (entre os quais estão os direitos sociais), que em sua maioria são previstos por meio de princípios, teriam suporte fático amplo, isto é, abrangeriam quaisquer situações que tivessem relação temática com si. Devido justamente a esta amplitude, os mesmos não seriam absolutos, comportando restrições nas situações concretas. É importante mencionar que este autor entende que a adoção da teoria do suporte fático abstrato amplo é consequência necessária da adoção da teoria dos princípios, o que demonstra a ligação entre as teorias antes mencionadas⁴⁹⁴.

Enquanto filiado à teoria do suporte fático amplo, Virgílio Afonso da Silva tem, por consequência, a preocupação de justificar e parametrizar as restrições aos direitos fundamentais - que admite existentes e inevitáveis. É neste contexto que o autor, seguindo a teoria de Robert Alexy, apresenta a regra da proporcionalidade, que para estes autores, insista-se, seria mera consequência da adoção da teoria dos princípios⁴⁹⁵. De acordo com esta visão, as restrições aos direitos fundamentais só se justificariam (só seriam constitucionais) se se dessem para garantir outros direitos fundamentais e se fossem proporcionais. A regra da proporcionalidade assim, com os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito que lhe são elementares (que são suas sub regras), consistiria numa verdadeira restrição às restrições^{496 497}.

⁴⁹⁴ “Ainda que isso não seja, em geral, apreendido pela doutrina e pela jurisprudência, aceitar os pressupostos teóricos da teoria dos princípios nos moldes desenvolvidos por Alexy implica necessariamente a rejeição das teorias restritas sobre o suporte fático”. Idem, pg. 67.

⁴⁹⁵ “Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. O Tribunal Constitucional Federal afirmou, em formulação um pouco obscura, que a máxima da proporcionalidade decorre, no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, pg. 116.

⁴⁹⁶ “A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito – no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito

Pois bem. Ainda segundo estes autores, a adoção destas premissas teóricas (suporte fático amplo + possibilidade de restrições a direitos fundamentais + restrições por meio da regra da proporcionalidade) conduziria, lógica e necessariamente, à adoção de um conceito relativo de conteúdo essencial dos direitos fundamentais (e, conseqüentemente, de mínimo existencial), pois aquela parcela de um determinado direito que não poderia de modo algum ser restringida só poderia ser definida nos casos concretos, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade⁴⁹⁸. Em mais simples palavras, justamente por não admitirem teoricamente que a definição a priori de todas as situações abstratas protegidas por um determinado direito fundamental (previsto na forma de princípio), estes autores entendem não haver qualquer lógica em se dizer que o conteúdo essencial de um determinado direito possa ser definido a priori, de modo que só a teoria relativa lhes parece fazer sentido.

Desculpando-nos pela repetição, salientamos este ponto, porquanto importante: de acordo com a linha teórica acima apresentada, não haveria qualquer possibilidade de fixação a priori do conteúdo do mínimo existencial. Este só poderia ser verificado caso a caso, mediante um juízo de ponderação ou proporcionalidade entre os direitos fundamentais colidentes no caso concreto. É precisamente o que diz Virgílio Afonso da Silva, se referindo especificamente aos direitos sociais:

“O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa, a um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse

fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade”. Virgílio Afonso da Silva, O Proporcional e o Razoável, Revista dos Tribunais n. 798, pg. 24.

⁴⁹⁷ Não é objetivo do presente trabalho a análise da chamada regra da proporcionalidade em todos os seus detalhes (o que, aliás, é feito em diversos trabalhos), bastando-nos identificar a supervalorização desta regra feita pela teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁴⁹⁸ *“Como se viu até aqui, a chamada teoria dos princípios não é apenas uma distinção entre duas espécies de normas. Isso é apenas sua expressão mais aparente. Essa distinção tem, ao mesmo tempo, pré-requisitos – como a adoção de uma teoria externa e de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais – e conseqüências teóricas e práticas – como a aceitação da proporcionalidade e, como vai se ver neste capítulo, de uma concepção relativa na definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Com isso ficará claro que “o escolher uma teoria”, aqui, não é exatamente uma questão de gosto, mas uma questão de coerência argumentativa. Determinados pontos de partida levam, inevitavelmente, a determinados pontos de chegada”. Virgílio Afonso da Silva, Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, pg. 184.*

direito. Em outras palavras: tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes. O conteúdo essencial, portanto, é aquilo realizável nestas condições. Recursos a conceitos como o “mínimo existencial” ou a “reserva do possível” só fazem sentido diante desse arcabouço teórico. Ou seja, o mínimo existencial é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizadas às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”⁴⁹⁹.

Ora. Como se pode perceber, a consequência prática da adoção da teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, ao menos na forma adotada por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, é a redução do conteúdo essencial ao resultado da aplicação da regra da proporcionalidade. Isto porque, para esta teoria, não importa a princípio a intensidade da restrição e nem quais elementos de um determinado direito estarão sendo limitados, desde que esta limitação se dê de forma proporcional⁵⁰⁰; em outras palavras, *“o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial”⁵⁰¹.*

Não é por outra razão que Robert Alexy chega à conclusão de que a garantia insculpida no §2º do art. 19 da Constituição Alemã, segundo a qual em nenhuma hipótese um direito fundamental pode ser restringido em seu conteúdo essencial, tem cunho meramente declaratório, não criando nenhum limite adicional à possibilidade de restrições a direitos fundamentais que não aqueles postos pela regra da proporcionalidade⁵⁰². No mesmo sentido, Marcos Sampaio, comentando a teoria relativa do conteúdo essencial, afirma que esta teoria resulta numa *“proteção móvel e dinâmica que acaba se confundindo com o próprio princípio da proporcionalidade”⁵⁰³.*

⁴⁹⁹ Idem, pg. 205.

⁵⁰⁰ *“Ambos os conceitos – conteúdo essencial e proporcionalidade – guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição; ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. (...) Nesse sentido, restrições não-fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E restrições às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, isto é, não violadoras do conteúdo essencial”.* Idem, págs. 197 e 198.

⁵⁰¹ Idem, pg. 206.

⁵⁰² Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, págs. 298 e 301.

⁵⁰³ Marcos Sampaio, op. cit., pg. 210.

5.2.3. A teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Enquanto a teoria relativa, tal como procuramos demonstrar, simplesmente nega a possibilidade de fixação apriorística do conteúdo essencial de um direito fundamental, a teoria absoluta é justamente aquela que entende que existe *sim a priori* uma parcela dos direitos fundamentais que não pode ser restringida em hipótese alguma, não importando quais interesses ou direitos possam estar em conflito em um determinado caso concreto⁵⁰⁴.

Em se adaptando referida definição à distinção das normas jurídicas entre regras e princípios, pode-se dizer que, de acordo com a teoria absoluta, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais possuiria sempre a estrutura de regra, jamais a estrutura de princípio, ainda que o direito fundamental em si pudesse ser previsto dessa última forma⁵⁰⁵. Trata-se de entendimento que, segundo Robert Alexy, o Tribunal Constitucional Federal alemão parece acolher na maioria de suas manifestações⁵⁰⁶.

Virgílio Afonso da Silva reconhece que a teoria segundo a qual o conteúdo essencial de um direito seria absoluto é inclusive mais intuitiva do que a doutrina relativa, muito embora seja adepto desta segunda⁵⁰⁷. Este autor identifica na teoria absoluta exatamente as mesmas dificuldades de identificação do objeto efetivamente resguardado existentes na teoria do suporte fático abstrato restrito dos direitos fundamentais⁵⁰⁸. Por esta razão, opta por uma teoria relativa e pela aplicação predominante da regra da proporcionalidade, já que a entende, digamos assim, mais honesta do ponto de vista argumentativo⁵⁰⁹.

⁵⁰⁴ “Todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a ideia de que, se fosse possível representar graficamente âmbito de proteção dos direitos fundamentais, deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição”. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, pg. 187.

⁵⁰⁵ Marcos Sampaio, op. cit., pg. 246.

⁵⁰⁶ Robert Alexy, op. cit., pg. 298.

⁵⁰⁷ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, pg. 27.

⁵⁰⁸ “Da mesma forma que já se viu quando da análise de modelos de suporte fático restrito e da teoria interna, o grande desafio de qualquer teoria absoluta sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a definição do que pertence a esse conteúdo e do que dele deve ser excluído”. Idem, pg. 187.

⁵⁰⁹ Em trecho muito interessante de sua obra, Virgílio Afonso da Silva comenta e rebate as críticas relativas à falta de racionalidade, à subjetividade e à insegurança jurídica decorrentes da regra da proporcionalidade,

É fato que a definição de quais elementos estariam contidos aprioristicamente no conteúdo essencial de um determinado direito não é e nunca será tarefa das mais simples. Diante destas dificuldades, Marcos Sampaio - tratando especificamente da aplicação desta temática aos direitos sociais - relata diversas estratégias de delimitação do conteúdo essencial feitas pela doutrina, mencionando autores que identificam o conteúdo essencial como sendo o próprio princípio da dignidade da pessoa humana (entre os quais o português Vieira de Andrade), autores que buscam defini-lo a partir da ideia de mínimo existencial e autores que o identificam à ideia de vedação do retrocesso social⁵¹⁰.

Especificamente acerca dos autores que equiparam o conteúdo essencial absoluto com o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, Virgílio Afonso da Silva identifica nesta estratégia dois grandes problemas. O primeiro deles consistiria no fato de que a identificação do conteúdo essencial de todos os direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana equivaleria a dizer que só a dignidade teria de fato um conteúdo absoluto, de modo que restariam relativizados os conteúdos essenciais de todos os demais direitos. O segundo problema identificado pelo autor se refere a uma possível hipertrofia da ideia de dignidade que esta equiparação poderia trazer, hipertrofia esta que acarretaria a perda de significado prático do princípio, transformando-o em um “*enorme guarda-chuva*” capaz de abrigar toda e qualquer situação⁵¹¹.

No mesmo sentido é o entendimento de J.J. Gomes Canotilho, para quem o uso e abuso do recurso à dignidade da pessoa humana, decorrente também do entendimento de que o que chama de “mínimo prestacional” equivaleria àquele princípio, acarreta o risco de “dessubstantivar” todos os outros direitos, quer os de liberdade, quer os sociais⁵¹². É interessante notar que a preocupação destes autores neste ponto se refere a fenômeno que, segundo apontamos no capítulo anterior, nos parece estar acontecendo justamente com a ideia de mínimo existencial, tal como entendida atualmente pela jurisprudência brasileira.

Ainda em virtude destas dificuldades de definição, que como se vê parecem ser a maior fragilidade da teoria absoluta, Marcos Sampaio e Virgílio Afonso da

sustentando, basicamente, que nenhuma forma de aplicação do direito exclui totalmente a subjetividade. Dada esta circunstância, os parâmetros trazidos pela regra da proporcionalidade teriam o condão de, pelo menos, aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo. Idem, págs. 146 a 150.

⁵¹⁰ Marcos Sampaio, op. cit., págs. 214 a 234.

⁵¹¹ Virgílio Afonso da Silva, op. cit., págs. 191 a 196.

⁵¹² J.J. Gomes Canotilho, *Direitos Fundamentais Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, pg. 31.

Silva relatam que alguns autores adeptos desta teoria procuram de certa forma relativizá-la, entendendo que este conjunto de situações protegidas a priori, relacionadas a um determinado direito, podem sofrer alguma variação com o passar do tempo, muito embora não possam variar ao sabor dos casos concretos. Trata-se da doutrina do conteúdo essencial absoluto-dinâmico⁵¹³, que se contrapõe à doutrina do conteúdo essencial-estático, que confere à ideia de conteúdo essencial um sentido de maior de atemporalidade⁵¹⁴. Conforme procuraremos demonstrar mais adiante, a nós nos parece que esta distinção entre conteúdo absoluto-dinâmico e conteúdo absoluto-estático é totalmente desnecessária.

5.3. A opção pela teoria absoluta do conteúdo essencial: a inadequação da regra da proporcionalidade aos direitos sociais no Brasil e o argumento funcional

Como visto, no item 5.2.1 supra, defendemos a identificação das ideias de mínimo existencial e conteúdo essencial dos direitos sociais, porque acreditamos que esta identificação pode ser útil para a criação de um conceito de mínimo existencial capaz de servir de parâmetro de autocontenção à jurisdição constitucional relativa aos direitos sociais. Isto porque, a ideia de que os direitos sociais têm um conteúdo essencial traz em si a possibilidade de restrição destes direitos e, conseqüentemente, afasta a ideia de que toda e qualquer prestação relativa a um direito social constituiria o mínimo existencial de um ser humano.

Pois bem. Seguindo nosso caminho e após analisar as duas grandes correntes doutrinárias que procuram definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, mencionadas nos dois itens anteriores, defendemos a adoção da teoria do conteúdo essencial absoluto para os direitos sociais no Brasil, fazendo-o, basicamente, pelas seguintes razões.

⁵¹³ “Uma breve leitura de autores partidários de diferentes variantes do que aqui se chama de teoria absoluta demonstra, no entanto, que muitos deles – a maioria – não compartilham de uma definição assim tão rígida do conteúdo essencial. Pelo contrário, vários são os autores que se esforçam em sublinhar que conteúdo essencial absoluto não é sinônimo de conteúdo essencial imutável. (...) A característica “absoluta” do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade. Absoluto, nesse contexto, implica apenas que aquilo que é protegido pelo conteúdo essencial não sofre relativizações de acordo com urgências e contingências”. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2011, pg. 188.

⁵¹⁴ “Há autores, contudo, que concebem o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não apenas como absolutos em sentido espacial, mas também como absolutos em sentido material-temporal. Isso quer dizer, nessa acepção do conceito, que aquilo que compõe o conteúdo essencial de um direito fundamental é não somente intangível – como visto acima -, mas também imutável. Ou seja, somente aquilo que não muda no tempo, aquilo que independa de ideologias ou da realidade social vigente, pode ser considerado como, de fato, intangível”. Idem, pg. 189.

A primeira das razões pelas quais defendemos a adoção da teoria absoluta do conteúdo essencial e, conseqüentemente, de um conceito apriorístico de mínimo existencial está ligada à crítica à aplicação da regra da proporcionalidade e a técnica da ponderação de princípios (ou sopesamento)⁵¹⁵ tal como praticada no Brasil.

Como dissemos, existe uma relação umbilical entre a regra da proporcionalidade e a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e se é verdade, tal como sustenta Virgílio Afonso da Silva, que a adoção da teoria relativa é mera consequência da adoção de teorias anteriores (teoria dos princípios, suporte fático amplo e proporcionalidade), a *contrario sensu* a rejeição de uma destas premissas teóricas conduzirá à adoção de uma teoria absoluta (do conteúdo essencial e de mínimo existencial, já que identificamos o mínimo existencial como sendo o conteúdo essencial dos direitos sociais).

É fato que a utilização da regra da proporcionalidade na jurisdição constitucional tem sido elevada à condição de método preferencial de aplicação do direito mundo afora, no bojo do movimento chamado neoconstitucionalismo⁵¹⁶. Como já dito, o mesmo fenômeno é identificado no Brasil por Humberto Ávila, que aponta como fundamentos normativo e metodológico do neoconstitucionalismo, respectivamente, a “principiologização” e a aceitação do paradigma da ponderação como critério geral de aplicação do direito⁵¹⁷. Nada obstante, como procuraremos demonstrar, a aplicação da regra da proporcionalidade no exercício da jurisdição constitucional é extremamente problemática, sobretudo no que respeita aos direitos sociais e tendo em mente o contexto institucional brasileiro.

⁵¹⁵ Neste trabalho, tomamos por sinônimas todas estas expressões. Se bem o entendemos, Virgílio Afonso da Silva, muito embora reconheça que as expressões “sopesamento” e “aplicação da proporcionalidade” possam ser utilizadas como sinônimas, procura distingui-las, dizendo que o sopesamento seria, basicamente, a atividade do legislador ao restringir um determinado direito fundamental em homenagem a outro ou a atuação judicial de aplicação direta de princípios quando não há uma medida legislativa anterior. A aplicação da proporcionalidade, por sua vez, seria mais propriamente a atividade do juiz constitucional na verificação da opção feita pelo legislador. Op. cit., págs. 178 a 180.

⁵¹⁶ Neste sentido, Alec Stone Sweet e Jud Matthews: “*Over the past fifty years, proportionality analysis (PA) has widely diffused. It is today an overarching principle of constitutional adjudication, the preferred procedure for managing disputes involving an alleged conflict between two rights claims, or between a rights provision and a legitimate state or public interest. With the consolidation of the “new constitutionalism,” I this type of dispute has come to dominate the dockets of constitutional and supreme courts around the world. Although other modes of rights adjudication were available and could have been chosen and developed, PA emerged as a multi-purpose, bestpractice, standard*”. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, Faculty Scholarship Series, Paper 14 - 2008*, disponível no sítio eletrônico http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers14.

⁵¹⁷ Humberto Ávila, “*Neoconstitucionalismo*”: entre a “*Ciência do Direito*” e o “*Direito da Ciência*”, Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, disponível na internet: http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp_pg_07.

Muito embora, como dito, a teoria dos princípios e a aplicação da regra da proporcionalidade, na forma preconizada por Robert Alexy, gozem de imenso prestígio no Brasil⁵¹⁸, é preciso sempre ter em mente que seu desenvolvimento se deu no contexto de um país bastante diferente do nosso, que é a Alemanha. O próprio autor chama a atenção para este fato, ao dizer expressamente, no início de sua Teoria dos Direitos Fundamentais, que sua obra tem como objeto uma teoria dos direitos fundamentais contextualizada, isto é, formulada a partir de direitos positivados na Constituição alemã⁵¹⁹. Esta só circunstância faz com que a recepção de suas conclusões, ainda que possível, deva se dar com muito cuidado e de modo bastante crítico.

É esta a lição que se retira de todos os estudiosos que se dedicam ao estudo do direito comparado: nem todos os argumentos têm caráter universal, já que formulados a partir de premissas que não raras vezes diferem de país para país. Conrado Hübner Mendes, por exemplo, na análise que faz da doutrina norte-americana em sua obra, chama a atenção para esta circunstância:

*“Lidar com uma discussão estrangeira, portanto, exige cautela. Deve-se perceber, dentro de uma variedade de argumentos que ela apresenta, quais são dependentes do contexto, quais são locais e quais são universais (...). Transcender detalhes institucionais e eliminar argumentos particulares é o primeiro passo para que essa literatura possa circular de modo mais desenvolto por outras jurisdições, para que se conserve sua versatilidade e evite qualquer miopia ou anacronismo teórico.”*⁵²⁰

⁵¹⁸ “No final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios, uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras”. Entre a Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais, Editora Martins Fonte, São Paulo – 2014, pg. 171.

⁵¹⁹ “Sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. (...) A análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã. (...) Uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria acerca de determinados direitos fundamentais positivos vigentes. (...) Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática”. Robert Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, págs. 31 e 32.

⁵²⁰ Conrado Hübner Mendes, Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação, Editora Saraiva, São Paulo – 2011, págs. 39 e 40.

Andreas J. Krell faz exatamente o mesmo alerta, tratando especificamente dos direitos sociais e da doutrina alemã⁵²¹, e Marcelo Neves faz apontamento semelhante, referindo-se à teoria dos princípios.⁵²² Em assim sendo, a fim de verificar se a doutrina de Robert Alexy relacionada aos direitos sociais (bem como de qualquer matéria e de qualquer autor estrangeiro) pode ou não (e em que medida) ser adotada entre nós, teremos necessariamente de ao menos tentar identificar e isolar determinadas variáveis institucionais alemãs que podem ter influído decisivamente na formulação de seu pensamento.

Neste sentido, e tratando especificamente do objeto deste trabalho (os direitos sociais), acreditamos ser de fundamental importância ter em mente que aquele autor construiu sua teoria em um País em que não se verifica a situação de carência e desigualdade social presente no Brasil; mais do que isso: acreditamos ser de fundamental importância ter em mente que aquele autor construiu sua teoria em um sistema de controle concentrado de constitucionalidade⁵²³.

No item 2.2.2 acima, procuramos demonstrar a relação que entendemos haver entre estas duas circunstâncias presentes na realidade brasileira e ausentes (em grande medida) na realidade alemã (carência social elevada e controle difuso de constitucionalidade) com o ativismo judicial relacionado aos direitos sociais, na medida em que os órgãos judiciais fracionários têm mais dificuldade em alcançar as discussões técnicas necessárias e em prever as consequências econômicas de suas decisões nos gastos estatais. Trata-se de dois fatores catalisadores com os quais Robert Alexy simplesmente não teve que lidar (ao menos não nessa medida) na formulação de sua regra da

⁵²¹ “A interpretação dos direitos sociais não é uma questão de lógica, mas de consciência social de um sistema jurídico com um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas, que foram desenvolvidas em países “centrais” do chamado Primeiro Mundo com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, sócio-econômicas completamente diferentes”. Andreas J. Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – 2002, pg. 51.

⁵²² “Essa conexão entre transformação político-jurídica e doutrinas constitucionais que emergiram não pode ser compreendida, porém, de maneira tão íntima e direta como uma reação “stimulus/response”. Em primeiro lugar, porque os respectivos conceitos desenvolveram-se originariamente em outros contextos nos quais já estavam estabilizadas experiências democráticas, não tendo emergido em períodos de transição do autoritarismo para a democracia”. Marcelo Neves, *Entre a Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2014, pg. 172.

⁵²³ “Há de se ressaltar que, ao contrário do que ocorre na tradição brasileira, o sistema de controle de constitucionalidade (na Alemanha) é concentrado, ou seja, é da competência exclusiva do TCF (Tribunal Constitucional Federal) realizar o controle vinculante, ainda que este seja ensejado por um caso particular ou concreto (controle concreto). Isso significa que o juiz do feito não poderá ignorar ou denegar aplicação à norma ainda não declarada inconstitucional por entender que uma tal norma fere a Constituição, como ainda ocorre no direito brasileiro, onde se adotou o assim chamado sistema difuso”. Leonardo Martins, *Direito Processual Alemão*, Editora Atlas, São Paulo – 2011, pg. 02.

proporcionalidade, que se pretende aplicável inclusive para a jurisdição constitucional relativa aos direitos sociais, já que sua teoria foi forjada, como salienta Marcelo Neves, “a partir da reconstrução dogmática da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão até o início da década de 1980”⁵²⁴.

Ao que nos parece, estas circunstâncias conduzem à total inconveniência da utilização da regra da proporcionalidade no que respeita à jurisdição constitucional relativa a direitos sociais no Brasil, ao menos desde uma perspectiva funcional. Isto porque, em um contexto como o nosso, em que a situação de desigualdade social aliada à profusão de promessas constitucionais faz com que sobre os juízes recaiam grandes expectativas⁵²⁵, atribuir a quaisquer juízes a possibilidade de controlar omissões estatais relativas a direitos sociais com base em critérios de elevada subjetividade e que possibilitam grande variação de resultados terá inevitavelmente o condão de gerar efeitos desastrosos do ponto de vista da efetivação dos direitos sociais em escala coletiva, tal como os que temos observado no Brasil dos nossos dias (como procuramos descrever no item 2.4 acima, especialmente no que respeita ao direito à saúde).

Saliente-se: quando Robert Alexy pensou em sua teoria dos princípios e na aplicação da regra da proporcionalidade inclusive para o controle de constitucionalidade de omissões relativas a direitos sociais⁵²⁶, ele imaginava que os juízes de ponderação em questão estariam sempre a cargo de uma Corte especializada e, por isso, mais bem capacitada para exercer uma função de diálogo construtivo com o legislador, absolutamente necessária nos Estados sociais, na linha do que aponta Elival da Silva Ramos, já mencionado⁵²⁷. Neste ponto, é interessante notar a atuação do Tribunal

⁵²⁴ Marcelo Neves, *idem*, pg. 187.

⁵²⁵ Sobre a pressão que a desigualdade social exerce sobre o Judiciário no sentido de lhe estimular o ativismo já se discorreu igualmente no item 2.2.2 acima.

⁵²⁶ “De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo – 2012, pg. 512.

⁵²⁷ “De modo geral, pode-se dizer que a questão da omissão normativa inconstitucional é inteiramente estranha às Constituições liberais, voltadas à manutenção do presente e não à construção do futuro. O sistema-padrão de controle de matriz estadunidense, também nesse aspecto, afeiçoa-se à liberal-democracia, apresentando maior dificuldade do que o sistema de matriz europeia para lidar com o fenômeno da inconstitucionalidade passiva ou negativa. Em virtude de não se admitir, salvo excepcionalmente, que os Tribunais Constitucionais emitam suprimentos normativos, cabe-lhes colaborar para a superação da situação inercial, mediante autêntico diálogo com o legislador remisso, algo que exige consciência acurada acerca da dimensão institucional do problema. Não resta dúvida de que a concentração da competência de controle e o desempenho da jurisdição constitucional de modo especializado, próprios do sistema europeu, favorecem a moldagem de magistrados preparados para essa nobre e complexa missão”. Elival da Silva

Constitucional Federal alemão em casos como o Hartz IV, descrito no item 3.3.3, em que, muito embora tenha havido a declaração de inconstitucionalidade da medida estatal por ofensa ao mínimo existencial, a Corte entendeu que não tinha competência técnica para dizer qual era a forma mais eficiente de superação da situação inconstitucional⁵²⁸.

A nosso ver, o reconhecimento de aspectos diferenciadores como este, entre alguns outros, faz com que a teoria de Alexy sobre a proporcionalidade e sobre o conteúdo essencial relativo dos direitos sociais não possam ser trazidas para o Brasil. Segundo entendemos, é esta também a opinião de Marcelo Neves (ainda que sua crítica não tenha como foco a aplicação da teoria mencionada especificamente para os direitos sociais), salientando o perigo que a adoção da teoria dos princípios, somada à ponderação desmedida, pode acarretar em um Estado como o brasileiro⁵²⁹. Em outros trechos, este autor se refere mais especificamente à ponderação e à regra da proporcionalidade, afirmando que a jurisprudência brasileira manuseia este ferramental teórico de maneira confusa⁵³⁰, tecnicamente imprecisa e casuística, o que é prejudicial à força normativa da Constituição⁵³¹.

No mesmo sentido ainda é a opinião de Lênio Streck, que, em artigo recentemente publicado, afirma que o neoconstitucionalismo acabou por incentivar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de Robert Alexy no Brasil⁵³². Este autor segue na sua análise, pontuando que a doutrina brasileira aplica a teoria dos princípios daquele autor e a forma por ele defendida de regra da proporcionalidade sem conhecer sua origem e seus fundamentos. Esta aplicação, que o

Ramos, *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, pg. 351.

⁵²⁸ HORBACH, Beatriz Bastide. *Benefícios Sociais e a Garantia do Mínimo Existencial: o Caso Hartz IV*, Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

⁵²⁹ “Quando funcionam (os princípios) em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferência), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência). Entretanto, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica. E esse situação se torna mais forte com a introdução de outro ingrediente: a ponderação desmedida. Os remédios para o excesso de consistência jurídica que decorreria do funcionamento de regime de regras tornam-se venenos (ou drogas alucinógenas) no contexto de uma prática juridicamente inconsistente, que atua ao sabor de pressões sociais as mais diversas”. Marcelo Neves, *Entre a Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2014, pg. 191.

⁵³⁰ Idem, pg. 196.

⁵³¹ Idem, págs. 200 e 201.

⁵³² Lênio Streck, *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*, artigo publicado no sítio eletrônico CONSULTOR JURÍDICO (www.conjur.com.br) no dia 13 de março de 2014, pg. 01.

autor considera acrítica e totalmente fora de contexto, tem levado, segundo ele, ao puro arbítrio e subjetivismo por parte dos juízes brasileiros⁵³³.

As considerações trazidas por Lênio Streck, que acabamos de mencionar, trazem à tona outras críticas direcionadas à regra da proporcionalidade que devem ser levadas em conta⁵³⁴. Relata este autor que a chamada jurisprudência dos valores e as técnicas da ponderação e da proporcionalidade têm diversos opositores em seu país de origem, a Alemanha, entre os quais se contam autores como Denninger, Müller, Grimm, Böckenforde, Maus e Habermas⁵³⁵. A maioria deles sustenta que os métodos de aplicação do direito preconizados seriam irracionais e puramente subjetivistas, na linha do que entende Humberto Ávila, já mencionado.

Assim o faz, por exemplo, Jürgen Habermas. Para este autor, os métodos da ponderação e da proporcionalidade não são racionais (ou são, pelo menos, tão irracionais quanto o debate legislativo). Por esta razão, o juiz ao aplicar estas técnicas está incorporando valores extra jurídicos ao seu discurso e simplesmente se afastando do arsenal típico da argumentação jurídica, incorrendo em um puro e simples subjetivismo e arbítrio⁵³⁶.

“Ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito. (...) Na medida em que um tribunal constitucional adota a

⁵³³ “Falando-se em Alexy, por sinal, cabem algumas considerações aos desavisados que querem importar uma teoria, mas esquecem de sua origem e, não raro, sem sequer conhecer, também, seus fundamentos, ocasionando um reducionismo simplista que desrespeita inclusive a tese de Alexy. Digo isso porque sob o pretexto da ponderação de princípios também tem havido mero exercício de arbítrio, de vontade de poder. (...) Mas o que comumente faz o neoconstitucionalista? Desvirtua a ponderação alexyana (advertindo que ela também não consegue resolver a questão da vontade de poder), simplesmente escolhendo o valor que lhe interessa, relegando o outro, ou outros. Ora, um juiz não pode impor aos jurisdicionados os seus próprios valores, não pode construir uma decisão com base em argumentos de política. Isso não é ser democrático. O campo de atuação do juiz deve ser o normativo”. Lênio Streck, op. cit., pg. 02.

⁵³⁴ Importante salientar que o objeto de nosso trabalho não é propriamente a regra da proporcionalidade, mas antes sua validade enquanto método de aplicação dos direitos sociais no Brasil.

⁵³⁵ Lênio Streck, op. cit., pg. 03.

⁵³⁶ DA SILVA, Virgílio Afonso e MENDES, Conrado Hübner. *Habermas e a Jurisdição Constitucional*, in NOBRE, Marcos e TERRA, Ricardo, organizadores, *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura de Habermas*, Editora Malheiros, São Paulo – 2008, pg. 213.

doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos”⁵³⁷.

Concordando com estes autores, acreditamos que a aplicação da regra da proporcionalidade traz em si grande carga de subjetividade inevitavelmente. Assim o reconhecem inclusive Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, muito embora sustentem que a subjetividade nela existente seja comum a todo e qualquer método de aplicação do direito⁵³⁸, com o que não podemos concordar. Alec Stone Sweet e Jud Matthews dizem expressamente que a regra da proporcionalidade torna evidente (*does not camouflage*) o fato de que os juízes, por meio dela, agem politicamente, criando o direito (*lawmaking* ou *constitutionally-based lawmaking*)⁵³⁹.

Como já dito, não pretendemos adentrar de modo mais profundo na discussão acerca do grau de racionalidade existente na regra da proporcionalidade. Para os fins deste trabalho, assumimos que a subjetividade existente neste método de aplicação do direito é maior do que em outros possíveis, de modo que aí reside mais um argumento funcional para rechaçar a aplicação da regra da proporcionalidade para os direitos sociais no Brasil (dado o sistema vigente de controle de constitucionalidade difuso atualmente existente).

Ainda que possa se admitir que uma Corte constitucional faça juízos declaradamente subjetivos de constitucionalidade em um determinado ordenamento, por óbvio não se pode permitir que juízos que tais sejam feitos por todo e qualquer órgão jurisdicional, sobretudo se suas decisões acarretarem gastos para o Estado (como ocorre na

⁵³⁷ Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*, V.1, 2ª edição, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro – 2010, pg. 321.

⁵³⁸ “Uma das críticas metodológicas mais frequentes à teoria dos princípios de Alexy (...) é aquela relacionada à racionalidade do processo de solução de colisões entre princípios, o sopesamento. (...) Segundo essa linha crítica, todo sopesamento nada mais é que um decisionismo disfarçado. (...) O ponto de partida para um debate acerca da racionalidade de qualquer forma de interpretação e aplicação do direito é a percepção de que não é possível buscar uma racionalidade que exclua, por completo, qualquer subjetividade na interpretação e na aplicação do direito. Exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível”. Virgílio Afonso da Silva, op. cit., págs. 146 e 147.

⁵³⁹ “If PA (proportionality analysis) mitigates certain legitimacy problems, it also creates, or at least spotlights, an intractable, second-order, problem. PA does not camouflage judicial lawmaking. Properly employed, it requires courts to acknowledge and defend—honestly and openly—the policy choices that they make, when they make constitutional choices. Proportionality is not a magic wand that judges wave to make all of the political dilemmas of rights review disappear. Indeed, waving it will expose rights adjudication for what it is: constitutionally-based lawmaking”. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Faculty Scholarship Series, Paper 14 - 2008, disponível no sítio eletrônico http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers14, pg. 04.

aplicação dos direitos sociais a prestações), sob pena de total desvirtuamento do sistema. É exatamente o que acreditamos estar ocorrendo no Brasil em nossos dias no que respeita ao direito à saúde: a multiplicação de juízos subjetivos de controle de constitucionalidade, decorrentes de uma utilização desmedida da ponderação de princípios e da regra da proporcionalidade, tem causado uma série de efeitos deletérios. Em outras e mais simples palavras, acreditamos que a adoção da regra da proporcionalidade para o controle de constitucionalidade difuso de direitos sociais é totalmente inconveniente.

Além destes argumentos, mais ligados à realidade brasileira, acreditamos que a regra da proporcionalidade (e a teoria relativa do conteúdo essencial dela decorrente), tal como proposta por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, encontra pontos fracos internos no que respeita à adjudicação de direitos sociais, de modo a restar reforçado nosso posicionamento no sentido de que, ao menos para os direitos a prestações em sentido estrito, dever-se-ia adotar no Brasil uma teoria absoluta do conteúdo essencial (e, pois, do mínimo existencial).

É que, muito embora estes autores sustentem que sua teoria se aplica também aos direitos sociais⁵⁴⁰ (ainda que com diversas ressalvas decorrentes, por exemplo, dos custos envolvidos na sua efetivação)⁵⁴¹, a nós nos parece clara a circunstância de que a técnica do sopesamento e a regra da proporcionalidade consistem principalmente em sistemáticas para a verificação da constitucionalidade de normas restritivas dos chamados direitos fundamentais de primeira geração ou liberdades públicas. O próprio Virgílio Afonso da Silva reconhece esta circunstância, apesar de diferenciar sopesamento e aplicação da proporcionalidade⁵⁴².

⁵⁴⁰ “O conteúdo essencial de um direito social, portanto, está intimamente ligado, a partir da teoria relativa. A um complexo de fundamentações necessárias para a justificação de eventuais não-realizações desse direito. Em outras palavras, tanto quanto qualquer outro direito, um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes”. Virgílio Afonso da Silva, op. cit., pg. 205.

⁵⁴¹ Sobre as diversas particularidades referentes à efetivação dos direitos sociais, ver Virgílio Afonso da Silva, idem, págs. 240 a 244.

⁵⁴² “Como visto anteriormente, no entanto, há casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que discipline a colisão entre dois princípios. Ou seja, pode ser que dada situação de colisão ainda não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador. Nesses casos, isto é, nos casos em que deve haver uma aplicação direta dos princípios constitucionais ao caso concreto – e esses casos são muito mais raros –, deve – aí sim – haver apenas um sopesamento entre os potenciais princípios aplicáveis na resolução do caso concreto. A razão é muito simples: se a aplicação da regra da proporcionalidade implica três questões – (a) A medida é adequada para fomentar o objetivo fixado? (b) A medida é necessária? E (c) a medida é proporcional em sentido estrito? –, é mais que óbvio que deve haver uma medida concreta que será testada.” Idem, pg. 179.

No mesmo sentido é o entendimento de Elival da Silva Ramos. Tratando especificamente da questão da judicialização da saúde, este autor diz que o modelo teórico das decisões judiciais ativistas nesta matéria nos nossos dias se baseia no uso irrefletido do método da ponderação ou proporcionalidade, o que é absolutamente inaceitável, já que esta metodologia “*não comporta utilização em toda e qualquer situação de aplicação de normas constitucionais*”, sendo, antes, “*particularmente adequada à solução de conflitos aparentes entre normas-princípio de eficácia plena que concorrem, mediante incidência simultânea, para a conformação de certas matérias constitucionais, mormente no plano dos direitos fundamentais de liberdade*”⁵⁴³.

Esta maior adequação da proporcionalidade aos conflitos relativos a liberdades públicas se deve ao fato de que, por sua própria natureza, restrições a estes direitos fundamentais se dão, como regra, por meio de ações estatais, externadas por meio de normas restritivas. São estas normas que são avaliadas através dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para que se chegue a uma conclusão se a restrição em questão é proporcional, e, portanto, constitucional, ou não proporcional, e, portanto, inconstitucional. A conclusão pela inconstitucionalidade tem como resultado, em sistemas como o brasileiro e o alemão, a retirada da norma do sistema ou, ao menos, sua não aplicação naquele caso concreto, de modo a ficar sem efeito a restrição operada.

Nos direitos sociais, a questão é sempre mais complexa⁵⁴⁴. Se os direitos sociais trazem para o Estado o dever de agir positivamente, por óbvio que a restrição a estes direitos, ao menos como regra, não se dá através de uma ação, mas antes de uma omissão estatal, seja ela total ou parcial⁵⁴⁵. Como, porém, realizar o exame da

⁵⁴³ Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 492.

⁵⁴⁴ Robert Alexy não concorda com nossa afirmação, defendendo a aplicação de sua teoria também aos direitos sociais de acordo com a opinião de que “*os problemas de justiciabilidade que surjam no âmbito desse modelo não se distinguem, em sua essência, daqueles que existem no caso dos direitos fundamentais tradicionais*” e de que “*não raro os problemas de sopesamento no âmbito dos direitos de liberdade são bastante complexos e sua solução pode ter grandes consequências para a vida social*”. Op. cit., pg. 514.

⁵⁴⁵ Como dito, Virgílio Afonso da Silva não ignora estas diferenças, muito embora entenda que as mesmas não afastam a aplicação de sua teoria. Neste sentido: “*Se “proteger direitos sociais” implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem que, necessariamente, incluir ações. “Proteger direitos”, nesse âmbito, significa “realizar direitos”. Por isso, pode-se dizer que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem a realização desse direito. Também o conceito de intervenção estatal precisa ser invertido. No caso da*

proporcionalidade de uma omissão do Estado? As dificuldades, ao que nos parece, são muitas, começando pela identificação de quais são os direitos fundamentais em suposta colisão.

Na hipótese de restrições a liberdades públicas, a identificação dos direitos em conflito costuma ser simples. Assim é que, por exemplo, quando do julgamento da ADPF 130, em que o STF declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da lei de imprensa (Lei 5.250/1967), os ministros declararam expressamente, inclusive na ementa do acórdão, que estavam em colisão “*o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada*”. Já em casos, por exemplo, em que particulares requerem medicamentos não previstos nos protocolos oficiais do SUS, quais seriam os direitos em colisão com o próprio direito à saúde?

Em algumas decisões que tratam do assunto no Brasil, pode-se encontrar a ideia de que em colisão com os direitos sociais invocados nestes casos estariam apenas princípios formais, ligados à competência do legislador, à separação de poderes e a aspectos financeiros do Estado, princípios estes que, justamente por serem formais, são sempre considerados de menor importância frente aos demais, restando afastados invariavelmente. Exemplo disso é a já mencionada decisão do STF na Petição 1.246-1, na qual o Ministro Celso de Mello ordenou que o Estado de Santa Catarina gastasse US\$ 63.000,00 (sessenta e três mil dólares) sob o argumento de que “*entre proteger a inviolabilidade do direito à vida (...), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida*”.⁵⁴⁶

Ocorre que colocar o debate nestes termos é empobrecer por demais a questão, como vimos sustentando. Se todos os direitos sociais acarretam custos para o Estado e se os recursos disponíveis são limitados, por óbvio que ordenar que o Estado gaste determinada quantia com uma determinada demanda significa ordenar que o Estado deixe de gastar esta mesma quantia em outra necessidade, que claramente é impossível - ou

dimensão negativa das liberdades públicas, intervir significava agir de forma restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade. Aqui, na esfera dos direitos sociais, é justamente o contrário, intervir, nesse sentido, é não agir ou agir de forma insuficiente”. Virgílio Afonso da Silva, op.cit., pg. 77.

⁵⁴⁶ Medida Cautelar na Pet. 1246/SC, disponível em www.stf.jus.br.

pelo menos muito difícil - de ser identificada no bojo de um processo judicial (sobretudo numa ação individual).

Com isto queremos dizer que a omissão em oferecer uma determinada prestação põe em colisão com o direito social relacionado não apenas princípios ditos formais, mas também os direitos sociais ou outras necessidades públicas que o Estado está atendendo com aqueles recursos. Mais do que isso: devido à natureza coletiva dos direitos sociais⁵⁴⁷, a alegada omissão estatal no oferecimento de uma determinada prestação relativa a um direito social pode colocar em colisão com o direito do requerente o direito de um terceiro ao recebimento de uma prestação relativa ao mesmo direito social. Em outras palavras, e utilizando o exemplo do direito à saúde, o suposto direito ao recebimento de um determinado medicamento pode colidir com o direito ao recebimento de um medicamento por um terceiro e, portanto, seu deferimento pode acarretar a falta de atendimento de outrem. Ana Paula de Barcellos põe a questão de forma bastante contundente:

“Um levantar de olhos e um olhar ao lado, todavia, embora não seja capaz de diminuir o drama humano envolvido nessas situações, revela outros dramas e proporciona um enfoque mais global do problema. Se é terrível negar uma determinada prestação de saúde a um indivíduo, que dizer das milhares de mães que morrem no momento do parto porque os hospitais públicos dos três níveis federativos não as assistem? Ou que dizer das crianças que morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico? Ou daqueles que morrem em decorrência de doenças relacionadas com falta de saneamento, ou vítimas de malária, hipertensão, diabetes, doença de chagas, etc.? A rigor, a única diferença que distingue o autor de uma demanda judicial dessas milhares de pessoas é que estas não têm capacidade de mobilização, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia; afora isso, as duas situações são igualmente dramáticas e envolvem decisões, a

⁵⁴⁷ “A dificuldade de obter uma tutela jurisdicional satisfatória no âmbito dos direitos sociais reside no caráter coletivo desses direitos. Ainda que se possa dizer que cada indivíduo tenha um direito à saúde, um direito à educação, ao trabalho e à moradia, a realização desses direitos é algo que só é possível de ser pensada coletivamente”. Virgílio Afonso da Silva, op. cit., pg. 243.

primeira do magistrado e a segunda da Administração, acerca das prioridades na área da saúde”⁵⁴⁸.

Os juízes brasileiros, nos nossos dias, claramente não se atentam para esta circunstância na imensa maioria dos processos dessa natureza. É interessante notar que Robert Alexy percebe esta situação (demonstrativa da complexidade da questão), afirmando que nos casos em que alega uma omissão referente a direitos sociais, estariam em conflito com o próprio direito social invocado também direitos de terceiros:

“De acordo com esta fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo tem é uma questão de sopesamento dentre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”⁵⁴⁹.

A complexidade da aplicação das ideias de sopesamento e proporcionalidade ao exame das omissões do Estado, segundo entendemos, constitui motivo a mais para afastar a opção pela teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos sociais e do mínimo existencial, porque impossibilita que a ideia de mínimo existencial sirva de fato como limite e parâmetro para a adjudicação dos direitos sociais, que é o objetivo a ser alcançado. Ademais, o próprio Alexy, grande expoente da aplicação das técnicas da ponderação de princípios e da proporcionalidade, não abre mão de considerar a priori alguns direitos sociais como integrantes de um mínimo existencial, ainda que por via transversa.

Com efeito, Robert Alexy, apesar de entender que a natureza de princípios dos direitos fundamentais conduziria a uma impossibilidade da fixação de seu âmbito de proteção a priori (uma vez que o âmbito de proteção só poderia ser fixado através da

⁵⁴⁸ Ana Paula de Barcellos, op. cit., pg. 326.

⁵⁴⁹ “De acordo com esta fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo tem é uma questão de sopesamento dentre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”. Op. cit., pg. 512.

ponderação, no caso concreto), admite que determinadas manifestações mínimas dos direitos sociais sempre restariam protegidas após a aplicação da regra da proporcionalidade entre a omissão estatal no seu cumprimento e os princípios da competência decisória do legislador e da separação de poderes⁵⁵⁰. Estas manifestações mínimas seriam, na Alemanha dos dias de hoje, uma moradia simples, a prestação de educação fundamental, média e profissionalizante e um patamar mínimo de assistência médica.

Sem prejuízo da aplicabilidade desta teoria aos direitos de defesa e às liberdades públicas, entendemos que esta construção de Alexy conduz, na prática, ao mesmo resultado buscado pelas teorias do conteúdo absoluto dos direitos fundamentais, no que respeita aos direitos sociais. Se há, segundo Alexy, determinadas manifestações dos direitos sociais que em qualquer hipótese restaram protegidas após a aplicação da técnica do sopesamento de princípios colidentes, não há porque não considera-lás absoluta e aprioristicamente protegidas.

5.4. Conteúdo essencial absoluto-estático e conteúdo essencial absoluto-dinâmico

Por todas as razões que procuramos expor no tópico anterior - ligadas ao nosso entendimento de que a regra da proporcionalidade não pode ser aplicada ao contexto brasileiro, ao menos no que respeita aos direitos sociais - é que temos que chegar à conclusão de que o conteúdo essencial dos direitos sociais e, pois, a ideia de mínimo existencial, deve ser definida a partir de uma teoria absoluta. Já o fizemos antes e aqui reiteramos nosso entendimento de que apenas nesta hipótese (isto é, apenas se se adotar o entendimento de sua definição não depende de juízos de ponderação feitos nos casos concretos) é que a ideia de mínimo existencial pode vir a servir de parâmetro para a jurisdição constitucional relativa a direitos sociais no Brasil.

Neste tópico cumpre-nos tecer algumas palavras sobre a divisão que se encontra na teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, segundo a

⁵⁵⁰ “Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica”. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2012, pg. 512.

qual o conteúdo absoluto seria estático (isto é, imutável) ou dinâmico (variável de acordo com o contexto). Como dito, Virgílio Afonso da Silva relata que alguns autores alemães passaram a relativizar a rigidez que a teoria absoluta parecia trazer, para sustentar que conteúdo essencial absoluto não seria sinônimo de conteúdo essencial imutável⁵⁵¹.

Entre nós, esta corrente da teoria absoluta (conteúdo absoluto-dinâmico) é defendida por Marcos Sampaio. Após rechaçar a adoção da teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos sociais, de acordo também com argumentos funcionais relativos ao contexto brasileiro⁵⁵², este autor passa a sustentar que só “*a teoria absoluto-dinâmica pode oferecer necessário movimento à concretização evolutiva dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, dar a segurança do estabelecimento mais hialino do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*”⁵⁵³. Os argumentos deste autor para defender a corrente do conteúdo absoluto-dinâmica são na sua essência os mesmos já mencionados, segundo os quais haveria uma “*atualização constante dos direitos diante das conquistas sociais diuturnamente alcançadas*”, decorrente da “*cambialidade típica da pós-modernidade, apta a oferecer avanços aos direitos fundamentais*”⁵⁵⁴, de modo que o não seria conveniente que a ideia de conteúdo essencial jamais se alterasse.

Com o máximo respeito ao seu entendimento, entendemos que a ideia de um conteúdo absoluto que não seja estático (sendo, portanto, variável ou dinâmico) consiste em um contrassenso, uma contradição em seus próprios termos. Admiti-lo é fazer concessões à teoria relativa e transformar a ideia de conteúdo essencial em uma noção. Ou se acredita que determinada parcela dos direitos sociais é necessária à dignidade humana sempre e em qualquer hipótese ou se acredita que esta definição pode se alterar ao sabor dos casos concretos, não havendo, a nosso ver, meio termo possível.

Com este entendimento, por óbvio, não queremos negar a possibilidade de existência de decisões judiciais conflitivas ou a ocorrência de evoluções

⁵⁵¹ Virgílio Afonso da Silva, op. cit., pg. 188.

⁵⁵² “*Todavia, essa construção relativa necessita ser criticada a partir de uma construção progressiva e revolucionária do princípio do Estado Democrático de direito, que se compatibiliza com a adoção de um avançar constante na possibilidade de experimentação mais vigorosa dos direitos fundamentais por toda a coletividade e também por cada indivíduo considerado em suas angústias isoladas. Os problemas de aceitação do conteúdo relativo dos direitos fundamentais sociais residem, em primeiro lugar, na dificuldade que tem o jovem Estado Democrático de direito brasileiro de encontrar mecanismos efetivos de controle de argumentação, ainda que não se ignore o esforço de tantos juristas brasileiros (...)*”. Marcos Sampaio, *O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013, pg. 238.

⁵⁵³ Idem, pg. 244.

⁵⁵⁴ Idem, pg. 245.

jurisprudenciais acerca de que parcelas de um determinado direito estejam contidas em seu conteúdo essencial. A rigor, alterações de entendimento acerca de determinados conceitos jurídicos são naturais, inevitáveis e, inclusive, desejáveis. Em sendo os juízes seres humanos, é natural que suas decisões jamais cheguem à perfeição, de modo que outros juízes as possam rever em outras oportunidades.

Em outras palavras, acreditamos que a teoria absoluta dita estática é a única que verdadeiramente pode ser chamada de teoria absoluta e não há, segundo entendemos, que se temer que sua adoção de alguma forma engesse ou fossilize a jurisprudência acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou do mínimo existencial. A adoção de uma teoria absoluta estática não impedirá que a jurisprudência acerca do tema se atualize, para se adaptar a novas realidades e aspirações sociais (decorrentes, por exemplo, de inovações ou descobertas científicas), se isto eventualmente se fizer necessário.

Em lição que vem muito a calhar neste ponto, Elival da Silva Ramos enfrenta de modo primoroso objeção direcionada à doutrina positivista bastante semelhante à que os defensores do conteúdo absoluto-dinâmico fazem à teoria absoluto-estática, segundo a qual o positivismo jurídico produziria necessariamente um saber engessado, autocentrado e estéril, totalmente desvinculado da realidade social⁵⁵⁵. Explica este autor que o positivismo jurídico - a despeito das críticas que os chamados pós-positivistas costumam fazer - traz premissas científicas que não necessariamente fazem com que os juízes atuem de modo mecânico e alheio às aspirações sociais, sendo perfeitamente possível e conveniente a adoção um positivismo que seja ao mesmo tempo reflexivo, no sentido de não perder a capacidade de refletir sobre si próprio⁵⁵⁶, e integral, no sentido de não perder de vista que o fenômeno jurídico compreende, além do aspecto normativo, o aspecto valorativo e o aspecto fático⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010, págs. 54 a 64.

⁵⁵⁶ “Entretanto, sem abrir mão de sua especificidade no plano epistemológico, é possível desenvolver um conhecimento dogmático que não perca a capacidade de refletir sobre si próprio e, o que é fundamental no caso de uma Ciência que lida com normas prescritivas, a capacidade de avaliar a funcionalidade, tendo em vista que participa da conformação do direito que estuda e, portanto, deve participar da busca dos objetivos sócio-regulatórios desse mesmo ordenamento jurídico”. Idem, pg. 59.

⁵⁵⁷ “Além de um positivismo reflexivo, propugno por um positivismo integral, isto é, que leve em conta a tríplice estrutura do fenômeno jurídico, tão bem caracterizada na obra filosófica de Miguel Reale. (...) Ao contrário do que se lê com frequência na literatura nacional, não é inerente ao positivismo jurídico a

VI – O MÍNIMO EXISTENCIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

6.1. Direito à saúde e mínimo existencial

Como se viu, ao longo deste trabalho percorremos um caminho por meio do qual procuramos sustentar, inicialmente, a necessidade da criação de parâmetros para a jurisdição constitucional relativa aos direitos sociais e, em seguida, nossa opinião de que a ideia de mínimo existencial pode servir de parâmetro para tanto (por trazer em si uma postura potencialmente minimalista), desde que seja adotada uma concepção de mínimo existencial que o equipare ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais desde uma teoria absoluta.

Neste capítulo, longe de pretendermos esgotar o tema e apresentar uma delimitação completa do que seja o mínimo existencial, procuraremos encontrar e sugerir algumas possíveis diretrizes para a construção de um conceito absoluto de mínimo existencial capaz de servir de parâmetro para os processos relativos ao direito à saúde⁵⁵⁸. Para tanto, entendemos necessário, antes, traçar um breve panorama acerca da forma pela qual o direito à saúde está positivado no Brasil e, a seguir, analisar duas importantes tentativas de estabelecimento de parâmetros neste tema, quais sejam, a STA 175 e as Jornadas de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

A escolha do direito à saúde para exemplificar o que vimos de sustentar sobre o mínimo existencial se deve a pelo menos dois fatores. O primeiro deles, de ordem prática, se refere ao fato de este direito trazer atualmente os maiores desafios para os juízes e administradores brasileiros, devido ao excesso de judicialização não verificável em igual medida em relação a outros direitos sociais, como procuramos demonstrar no item 3.3

completa abstração dos aspectos fáticos e axiológicos do fenômeno jurídico, que a ele se associa por força do prestígio da obra de Kelsen, tomada como uma autêntica “bíblia” positivista”. Idem, pg. 61.

⁵⁵⁸ Nossa limitada pretensão é, assim, semelhante à de Ana Paula de Barcellos, cientes das dificuldades sempre existentes na passagem, por assim dizer, da teoria para a prática: “*O que se pretende é exatamente apresentar uma proposta de concretização do mínimo existencial tendo em conta a Constituição de 1988, bem como algumas reflexões sobre aspectos práticos da eficácia jurídica positiva que a ele se atribui. Não se ignora que as incongruências e defeitos das construções intelectuais vão se tornando mais perceptíveis à medida que se aproximam da realidade, como se o mundo real fosse uma lente que os ampliasse. A manutenção do pensamento no nível das generalidades lhe confere, muitas vezes, maior segurança. De toda a sorte, ainda que a proposta do mínimo existencial que segue adiante venha a ser inteira e rapidamente superada por outras mais bem talhadas e acabadas, ela terá cumprido sua pretensão de fomentar um debate para o qual as generalizações teorizadoras simplesmente não são suficientes*”. Ana Paula de Barcellos, op. cit., pg. 301.

supra. O segundo destes fatores se liga ao fato de que este direito, por sua própria natureza, nos parece ser o direito social para o qual a ideia de mínimo existencial tem maior utilidade.

6.1.1. Direito à saúde, direito à vida e a ocorrência de “casos extremos”

No item 5.1.1 acima, demonstramos nosso entendimento de que a ideia de mínimo existencial deve sim, no Brasil, exercer uma função autorizativa da atuação da jurisdição constitucional relativa a direitos sociais (além, é claro, da função de autocontenção que sustentamos) em casos em que não há prévia intermediação legislativa. É que, segundo dissemos, sempre pode haver casos extremos, absolutamente excepcionais, em que a dignidade humana restará totalmente comprometida se o Judiciário não atuar com fundamento direto na Constituição, de modo que a ideia de mínimo existencial serviria como uma “válvula de segurança” do ordenamento, como menciona José Carlos Vieira de Andrade⁵⁵⁹.

É claro que, também como já dissemos, nos parece óbvio que o fato de a Constituição brasileira prever os direitos sociais de modo tão analítico como o faz reduz em muito esta utilidade da ideia de mínimo existencial. Basta-nos pensar, para exemplificar, sobre o direito à assistência social: o fato de a Constituição prever expressamente, em seu art. 203, V, que toda a pessoa idosa ou deficiente que não tenham condições de prover seu próprio sustento - ou tê-lo provido pela família - tenha direito ao recebimento de um benefício assistencial faz com que dificilmente se identifiquem, no que respeita a este direito, situações de necessidade extrema que não contem com amparo normativo expresso, a tornar necessária a atuação direta do Poder Judiciário. O mesmo se pode dizer em relação ao direito à educação: se a própria Constituição, por meio de norma de eficácia plena, já previu como direito público subjetivo a garantia de ensino fundamental e o acesso a creches, torna-se difícil pensar em uma situação extrema relacionada a este direito em que o Poder Judiciário tenha de atuar com base exclusivamente na garantia da dignidade humana.

⁵⁵⁹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra – 2012, pg. 369.

Ocorre, todavia, que as situações relacionadas ao direito à saúde, por sua própria natureza, possibilitam a maior ocorrência destes casos extremos. É que, como se sabe, o direito à saúde relaciona-se de modo íntimo com o próprio direito à vida, de modo que sua relação com a ideia de dignidade humana é mais contundente do que a verificada em relação a outros direitos. Não raras vezes as demandas relacionadas ao direito à saúde são postas como indispensáveis à própria manutenção da vida ou da integridade física de uma pessoa, sendo, por isso, tidas como de atendimento impostergável, o que não ocorre (pelo menos não com a mesma frequência) no que respeita a outros direitos, como a educação ou a moradia. Exemplo claro do que ora se afirma é a decisão do STF na STA 223 AgR/PE, de que tratamos no item 4.1.4 acima, em que, como visto, a iminência de risco de morte do autor foi determinante para o provimento de seu recurso.

Ingo Sarlet explica esta maior imbricação entre o direito à saúde, o direito à vida e a dignidade humana. Segundo o autor, muito embora se reconheça a existência de efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a morte, não há dúvidas de que a dignidade atribuída ao ser humano é na sua essência reconhecida para pessoas vivas, de modo que a vida é a própria condição do respeito à dignidade (ter vida é, no fundo, ter direito a ter direitos)⁵⁶⁰. Esta circunstância - somada ao fato de que o surgimento e o descobrimento de moléstias e seus respectivos tratamentos se dá de modo acelerado e bastante dinâmico, na esteira dos avanços científicos - faz com que as questões relacionadas à saúde constituam sem sombra de dúvida o terreno mais fértil ao surgimento de eventuais casos extremos de risco à dignidade da pessoa humana, não previstos em normas constitucionais de eficácia plena ou na legislação.

Com a admissão de que no terreno do direito à saúde podem surgir casos em que a invocação da ideia de mínimo existencial pelo Poder Judiciário se faça necessária, por óbvio não queremos dizer que estes casos serão comuns ou corriqueiros. Se assim o fossem, não nos referiríamos aos mesmos como “casos extremos”. Mais à frente, o nosso entendimento acerca de que casos seriam estes ficará mais claro, bastando-nos por hora pensar genericamente em hipóteses em que a vida do requerente esteja condenada caso não tenha acesso a um determinado medicamento ou tratamento não previsto nos protocolos oficiais e de eficácia comprovada. Concordando com Elival da Silva Ramos,

⁵⁶⁰ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Fundamental*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2015, pg. 620.

acreditamos que estas hipóteses são raríssimas, dado o atual estágio de organização e funcionamento do SUS⁵⁶¹, mas não há como dizer que não possam jamais ocorrer. Na eventualidade de sua ocorrência, a jurisdição constitucional tem de estar habilitada a atuar.

6.1.2. A positivação do direito à saúde no Brasil: a discricionariedade técnica e as políticas públicas oficiais de assistência farmacêutica

A fim de que possamos buscar a construção de um conceito absoluto de mínimo existencial para o direito à saúde e assim estabelecer em que casos os juízes, no exercício da jurisdição constitucional, poderão fornecer medicamentos e tratamentos de saúde sem anterior previsão legal⁵⁶², é preciso conhecer inicialmente, ainda que de modo bastante resumido, de que forma a Constituição e a legislação infraconstitucional previram este direito (com ênfase na assistência farmacêutica)⁵⁶³.

Além de breve menção no caput de seu artigo 6º, a Constituição Federal dedica especificamente à saúde seus artigos 196 a 200, os quais compõem a seção II do capítulo II do seu Título VIII, que tem por nome “Da Ordem Social”. Abrindo referida seção, assim dispõe o art. 196:

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.

⁵⁶¹ “A ineficácia ou impropriedade da prestação de saúde preconizada pelo protocolo clínico ou relação de medicamentos para a enfermidade de que padece o paciente-autor somente pode ser afirmada em decisão judicial se a diretriz terapêutica nele acolhida resultar de erro manifesto de apreciação por parte do gestor do SUS competente. Essa hipótese é bastante improvável no atual estágio de organização e funcionamento do Sistema único de Saúde, porquanto os protocolos clínicos e as relações de medicamentos, sejam eles essenciais e excepcionais, refletem o consenso da comunidade médica”. Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patricia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 498.

⁵⁶² “O Judiciário poderá e deverá determinar o fornecimento das prestações de saúde que compõe o mínimo, mas não deverá fazê-lo em relação a outras, que estejam fora desse conjunto. Salvo, é claro, quando as opções públicas dos poderes constituídos – afora e além do mínimo – hajam sido juridicizadas e tomem a forma de uma lei. Também aqui caberá ao Judiciário dar execução – eficácia positiva ou simétrica – à lei. No caso do mínimo existencial, entretanto, a eficácia positiva decorre diretamente do texto constitucional e prescinde da interferência legislativa”. Ana Paula de Barcellos, op.cit., pg. 320.

⁵⁶³ Para um estudo aprofundado do assunto, ver Fabrício Juliano Mendes Medeiros, *O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde*, Editora Fórum, Belo Horizonte – 2011, especialmente as págs. 72 a 84.

Com vistas a analisar referido dispositivo, Gilmar Ferreira Mendes procede à sua divisão em seis elementos⁵⁶⁴. Do primeiro deles, “*direito de todos*”, o Ministro Gilmar entende advir a condição de ser o direito à saúde um direito público subjetivo, tanto individual quanto coletivo, imposto a todos os entes federativos (de acordo com o segundo destes elementos: “*dever do Estado*”)⁵⁶⁵.

Nada obstante, Gilmar Ferreira Mendes pontua que este direito público subjetivo à saúde não significa “*um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde*”⁵⁶⁶, já que a própria Constituição Federal, no terceiro elemento do caput de seu artigo 196, estabelece expressamente que este direito deverá ser “*garantido mediante políticas sociais e econômicas*”. É interessante verificar que o Ministro salienta que legislador constituinte optou pela positivação do direito à saúde com esta ressalva não apenas devido ao reconhecimento da dimensão financeira que sua implementação demanda, mas também devido ao fato de que a eleição das prestações oferecidas demanda, por sua natureza, juízos de ordem técnica⁵⁶⁷. A Constituição, assim, atribuiu aos poderes constituídos grande carga de discricionariedade neste mister, reconhecendo a necessidade de fazê-lo⁵⁶⁸.

Seguindo na análise, menciona este autor que os outros três elementos do artigo 196 (“*políticas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos*”, “*acesso universal e igualitário às ações e serviços*” e “*políticas que visem sua promoção, proteção e recuperação*”) basicamente direcionam as políticas de saúde não apenas à

⁵⁶⁴ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2012, pg. 483.

⁵⁶⁵ Idem, pg. 484.

⁵⁶⁶ Idem.

⁵⁶⁷ “*A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada*”. Idem, pg. 485.

⁵⁶⁸ Elival da Silva Ramos define, amparado no magistério de Maria Sylvania Di Pietro, discricionariedade administrativa como sendo a “*faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*”. *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 487. Neste texto o autor salienta de modo percuciente a existência de discricionariedade técnica na implementação do direito à saúde, estudando a fundo instituto da discricionariedade administrativa e sua divisão nas categorias “própria” e “imprópria” (da qual a discricionariedade técnica é espécie).

recuperação de um estado saudável para os cidadãos doentes, mas também à prevenção de doenças, bem como estabelece que estas políticas sejam o mais amplas possível em termos subjetivos (universal e gratuita)⁵⁶⁹.

Os demais dispositivos basicamente complementam estas disposições, tratando, por exemplo, do financiamento do sistema e da prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada. Para os fins deste trabalho, interessa-nos citar o art. 198, que prevê a criação do Sistema Único de Saúde e prevê, entre suas diretrizes, o “*atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*” (inciso II).

A fim de dar concretude a estas disposições constitucionais, foi editada, ainda no ano de 1990, a Lei Federal 8.080, que regulamenta o Sistema Único de Saúde (previsto no art. 198 da CF). Entre as atribuições do SUS, prevê o art. 6º (inciso I, alínea “d”) desta lei que está incluída no campo de atuação do sistema “*a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica*”, além da atribuição de “*formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação da sua produção*” (inciso VI). O artigo 7º, por sua vez, estabelece entre os princípios das ações e serviços públicos de saúde a “*universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência*” e a “*integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema*” (incisos I e II).

A integralidade da assistência, a que se referem a Constituição e a lei, por óbvio não significa que o SUS deve fornecer todo e qualquer medicamento ou tratamento que o cidadão requeira, independentemente de quaisquer juízos de ordem técnica ou financeira, ligados à eficiência dos recursos dispendidos. Se assim o fosse, a rigor, a Constituição não teria previsto a garantia do direito por meio de políticas públicas, já que uma política pública, por definição, demanda planejamento e decisões técnicas e

⁵⁶⁹ Idem, págs. 485 e 486.

alocativas⁵⁷⁰. Referido entendimento seria totalmente irrazoável à vista dos recursos públicos finitos disponíveis. Neste sentido, explica Fabrício Medeiros:

“Com efeito, é irrazoável pensar na possibilidade de o Poder Público financiar, de uma vez e a um só tempo, o fornecimento gratuito de todos os medicamentos necessários à promoção, proteção e recuperação da saúde da totalidade da população. Se é assim, a palavra de ordem é priorização. Como a relação de medicamentos para distribuição gratuita não pode contemplar todas as drogas existentes no mercado, é mister priorizar aquelas que, segundo estudos técnico-científicos e a par da capacidade orçamentária do Poder Público, sejam seguras, eficazes, efetivas, possuam menor custo de aquisição, armazenamento, distribuição e controle e, ainda, apresentem menor custo por tratamento/dia custo total do tratamento”⁵⁷¹.

Atenta a esta circunstância fática, a própria Lei 8.080/90 autenticamente interpreta a integralidade de que trata, dizendo, em seus artigos 19-M, inciso I, e 19-P (incluídos pela Lei 12.401/2011), em síntese, que a assistência integral a que se refere a alínea “d” do inciso I do art. 6º consiste na dispensação de medicamentos indicados nos protocolos clínicos do SUS⁵⁷² ou nas relações de medicamentos instituídos pelos gestores do sistema, de todos os entes federativos. *In verbis*:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em: I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo

⁵⁷⁰ Maria Paula Dallari Bucci assim define política pública: “É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as relevantes e politicamente determinados”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013, pg. 38.

⁵⁷¹ Fabrício Juliano Mendes Medeiros, op. cit., pg. 82.

⁵⁷² Complementando este dispositivo, o art. 19-N, II define protocolo clínico e diretriz terapêutica da seguinte forma: “documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”.

clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P.

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Estes dispositivos deixam claro que, de acordo com a lei, os particulares atendidos pelo SUS só têm direito ao recebimento dos medicamentos que constem dos protocolos clínicos e listas oficiais definidos pelos gestores do sistema. Tanto é assim que a lei segue trazendo orientações acerca de que forma estes protocolos clínicos e estas diretrizes terapêuticas deverão ser definidas, dizendo, em síntese, que os mesmos deverão estabelecer “os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha” (art. 19-O, caput) e que a escolha destes medicamentos e produtos deve levar em conta os critérios de “eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade” (art. 19-O, parágrafo único). O art. 19-T da Lei 8.080/90 veda, ainda, que o sistema forneça por qualquer meio (dispense ou pague/ressarça) medicamento, produto ou procedimento cirúrgico experimental, não registrado ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁵⁷³.

⁵⁷³ Elival da Silva Ramos comenta a vedação expressa deste dispositivo: “Apesar da clareza dessa norma infraconstitucional, já existem decisões de primeiro grau que a deixem de lado, sob o argumento de que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida não de prevalecer diante de toda e qualquer regulação legislativa e administrativa. Ainda que de modo implícito, se está a declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do dispositivo acima transcrito, o que demanda, em segundo grau de jurisdição, a

Em cumprimento a estas determinações legais, foi editada a Portaria n. 533/2012, do Gabinete do Ministério da Saúde, que foi atualizada pela Portaria n. 1/2015⁵⁷⁴, as quais estabeleceram o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Saliente-se: somente no que respeita aos medicamentos constantes desta relação oficial é que se pode dizer que há direito subjetivo ao recebimento, perfeita e completamente previsto em lei. Como já mencionamos na introdução, toda vez que o Poder Judiciário determina o fornecimento de medicamento ou tratamento não previsto nestas políticas públicas oficiais, está na prática declarando a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão, ainda que não o faça de modo expresso.

Antes de encerramos o presente tópico, cumpre-nos tratar um último aspecto da positivação do direito à assistência farmacêutica, qual seja, aquele referente aos processos de incorporação de novos medicamentos e tratamentos nas políticas públicas de saúde. Trata-se de aspecto que muitas vezes é ignorado por aqueles que se debruçam sobre o tema da judicialização da saúde⁵⁷⁵. É que a Lei 8.080/90 (com a redação que lhe deu a Lei 12.401/2011), sabedora da dinamicidade inerente à ciência médica, criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS – CONITEC, enquanto órgão técnico destinado a assessorar o Ministério da Saúde nas decisões acerca da alteração das listas oficiais do SUS (art. 19-Q). A composição e a forma de funcionamento desta comissão foram regulamentadas pelo Decreto 7.646/2011.

A Lei 8.080/90, com a redação que lhe deu a Lei 12.401/2011, criou também um processo administrativo democrático para análise de sugestões de incorporação ou exclusão de medicamentos, que pode ser iniciado por quaisquer

observância da regra da reserva de plenário”. O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 495.

⁵⁷⁴ Disponível no seguinte sítio eletrônico:

http://conitec.gov.br/images/Artigos_Publicacoes/Rename/Rename-2014-Julho2015.pdf.

⁵⁷⁵ É a crítica de Fabrício Juliano Mendes Medeiros: “As discussões que abordam o tema da pretensão legitimidade do Poder Judiciário para, diante da omissão dos demais Poderes, obrigar o fornecimento de medicamentos e a realização de procedimentos não contemplados nos programas públicos de assistência aos cidadãos, se situam, em grande parte, no campo da abstração. Isto porque, muito dificilmente, os estudiosos da matéria procuram acessar a realidade, buscando conhecer, empiricamente, as informações técnicas e científicas que são aquilatadas para auxiliar a tomada de decisão dos gestores em saúde. Com efeito, não parece razoável procurar discutir a questão da legitimidade do Judiciário para interferir ativamente no processo de elaboração de políticas públicas em saúde, sem conhecer as múltiplas formas de avaliação que são realizadas pelos gestores de saúde antes de decidir pela adoção ou não de determinadas tecnologias”. Op. cit., pg. 40.

interessados⁵⁷⁶ e deve ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, prorrogável por mais 90 (noventa), no âmbito do qual poderão ser realizadas consultas e audiências públicas (art. 19-R).

Por fim, ciente da dimensão coletiva da efetivação do direito à saúde (que de resto está presente em todos os direitos sociais) e atenta à eficiência como princípio constitucional da Administração Pública (CF, art. 37, caput), prevê o §2º do art. 19-Q que os relatórios expedidos pela CONITEC resultantes destes processos de análise devem levar em consideração, necessariamente, tanto “*as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo*”, quanto “*a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível*”.

6.1.3. A atuação do STF na tentativa de estabelecimento de parâmetros: a audiência pública e a STA 175

Em resposta ao excesso de judicialização relacionado ao direito à saúde, verificado no Brasil nos nossos dias, bem como em virtude do reconhecimento de seus efeitos deletérios, diversas soluções têm sido buscadas, cumprindo-nos neste tópico e no seguinte conhecer e analisar algumas delas, a fim também de coletar elementos para nossa sugestão de formulação de um mínimo existencial absoluto.

Ciente do problema, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, convocou, para instruir o julgamento de diversos processos, uma audiência pública, que teve lugar nos meses de abril e maio de 2009⁵⁷⁷, justamente para discutir e esclarecer as “*questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde*”⁵⁷⁸. Nesta audiência, foram admitidas manifestações orais ou escritas de diversos especialistas e entidades (houve mais de 140 pedidos), que tornaram clara a necessidade de aprofundamento sobre o tema. Esta iniciativa resultou na criação do Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde,

⁵⁷⁶ O procedimento de apresentação de propostas de incorporação de tecnologias no SUS está explicado no seguinte sítio eletrônico: <http://conitec.gov.br/index.php/faca-sua-proposta-de-incorporacao>.

⁵⁷⁷ Ver notícia publicada no sítio eletrônico do STF em 12 de maio de 2009: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=processoaudienciapublicasaude>.

⁵⁷⁸ Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2012, pg. 512. Para uma descrição pormenorizada da audiência em questão, ver páginas 511 a 514.

no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, pela resolução n. 107/2010, sobre a qual se tratará com mais vagar mais à frente.

O reconhecimento do problema e as discussões iniciadas nesta audiência levaram o STF à tentativa de estabelecer parâmetros mais concretos para a questão da judicialização da saúde. Assim foi que, no ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal negou provimento a recurso interposto na Suspensão de Tutela Antecipada 175⁵⁷⁹, proferindo extenso acórdão no qual, sob a condução do Ministro Gilmar Mendes, foram tratados diversos pontos relacionados ao tema⁵⁸⁰. Tratou-se de agravo regimental apresentado pela União contra decisão da presidência do tribunal que manteve liminar que determinava o fornecimento de medicamento não constante das listas ou protocolos oficiais do SUS e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA⁵⁸¹ a paciente portadora de doença rara (Niemann Pick Tipo C), cujo custo mensal estimado era de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais).

Importante notar que do acórdão em questão se verifica apenas breve menção à gravidade da doença em tela (Niemann Pick Tipo C), no sentido de ser ela doença neurodegenerativa rara, causadora de uma série de distúrbios neuropsíquicos. Ao contrário do que ocorreu, por exemplo, na supra mencionada STA 223 AgR/PE (ver item 4.1.4), a decisão em tela não foi posta como sendo uma questão de vida ou morte (ao menos não de modo enfático), muito embora haja a menção de que o medicamento pleiteado seria essencial *“para o aumento de sobrevida e de qualidade de vida da paciente”*⁵⁸².

Na decisão em análise, o Ministro Gilmar Mendes (relator) faz diversas considerações acerca dos custos existentes na implementação dos direitos sociais e dos

⁵⁷⁹ Inteiro teor do acórdão disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>.

⁵⁸⁰ *“Ao reconhecer que a problemática quanto à interpretação e aplicação desse direito (direito à saúde) fundamental é extremamente complexa e depende, em sua grande maioria, de juízos de ponderação que levem em consideração todas as circunstâncias dos casos concretos, o tribunal traçou alguns critérios que podem fornecer balizas mais seguras para o assunto. Tais critérios foram cuidadosamente construídos com base nas diversas experiências colhidas na audiência pública realizada pela presidência do tribunal. Neste sentido, caso que merece especial destaque é a decisão do Supremo Tribunal Federal na STA 175, que fixou alguns parâmetros para a solução dos casos concretos que envolvem direito à saúde”*. Idem, pg. 515.

⁵⁸¹ Segundo se percebe do acórdão em questão (pg. 73 da STA 175), no curso do processo o medicamento pleiteado recebeu o registro da ANVISA.

⁵⁸² Págs. 76 e 77 da STA 175.

problemas práticos advindos do excesso de judicialização⁵⁸³, salientando que a construção de parâmetros deve envolver diversos atores e levar “*em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve*”⁵⁸⁴. Em seguida, o ministro passa a destrinchar os elementos em que se divide o art. 196 da Constituição Federal (além de alguns outros dispositivos constitucionais), para, em seguida, mencionar a audiência pública acontecida no ano anterior e definir parâmetros com base nas suas constatações⁵⁸⁵.

Os parâmetros então apontados, segundo entendemos, podem ser resumidos em três pontos⁵⁸⁶. O primeiro deles, que entendemos óbvio e quase que totalmente desnecessário, diz respeito à verificação acerca da previsão ou não do medicamento ou tratamento pleiteado nas listas ou protocolos oficiais do SUS. Segundo restou decidido, se a prestação requerida estiver prevista, sempre haverá direito subjetivo ao seu recebimento. Se não houver previsão, a existência do direito dependerá de outros fatores⁵⁸⁷.

O segundo parâmetro mencionado pelo STF, este sim de maior relevância, diz respeito às razões pelas quais uma determinada prestação pleiteada não consta dos protocolos e políticas públicas oficiais. Segundo entenderam os ministros, a literal disposição do art. 196 da Constituição e a lógica de custos inerente à efetivação dos direitos sociais, conduzem necessariamente à conclusão de que a rede pública não pode ser

⁵⁸³ “O fato é que o denominado problema da judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também 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, 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 as possibilidades orçamentárias”. Pg. 81.

⁵⁸⁴ Pg. 82.

⁵⁸⁵ Pg. 92. Neste ponto o Ministro Gilmar Mendes diz que uma primeira constatação feita na audiência mencionada é a de que a grande maioria dos processos de saúde (quase totalidade dos casos) se destinaria apenas à determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Trata-se de circunstância cuja veracidade questionamos, pelo menos no âmbito do Estado de São Paulo, haja vista os dados apresentados no capítulo 3 supra.

⁵⁸⁶ Para uma descrição mais extensa dos parâmetros mencionados na STA 175, ver Gilmar Ferreira Mendes, op. cit., págs. 514 a 519.

⁵⁸⁷ “O primeiro dado a ser considerado é a existência ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente. Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas públicas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”. Págs. 92 e 93 da STA 175.

compelida a fornecer todo e qualquer tratamento, de modo que “*deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS*”⁵⁸⁸.

Nada obstante tenham os ministros fixado esta importante diretriz, o próprio acórdão admite exceções a ela, de modo a enfraquecê-la e relativizá-la⁵⁸⁹. Assim é que, por exemplo, o STF admitiu a concessão de medicamentos não previstos nas listas oficiais em alguns casos, seja esta não inclusão decorrente de decisão administrativa expressa, seja em casos em que o tratamento seja novo, e sua inclusão ainda não tenha sido avaliada pelos gestores do sistema. Como exemplo de caso em que o STF admite a concessão destes medicamentos, cite-se a hipótese de o paciente provar que, por razões específicas de seu organismo, o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz no seu caso⁵⁹⁰, já que, segundo entendeu-se, a inexistência de previsão não poderia violar a integralidade do sistema e gerar tratamento diferenciado entre usuários da rede pública e usuários da rede privada⁵⁹¹. Neste mesmo sentido relativizador, o STF admitiu a concessão excepcional de medicamentos não registrados na ANVISA⁵⁹², muito embora tenha dito, nesta oportunidade, que a concessão de tratamentos experimentais não poderia jamais ser admitida⁵⁹³.

⁵⁸⁸ “*A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção a recuperação da saúde. (...) Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente*”. Pg. 95.

⁵⁸⁹ É esta também a opinião de Elival da Silva Ramos, que, comentando a STA 175, diz que o Ministro Gilmar Mendes “*acolheu a tese da prevalência das políticas oficiais de saúde sobre as soluções alternativas buscadas em juízo por particulares, porém o fez com ressalvas que, data máxima vênua, podem fundamentar e, por conseguinte, servir de estímulo a decisões judiciais ativistas*”. *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 497.

⁵⁹⁰ Pg. 96 da STA 175.

⁵⁹¹ Pg. 97.

⁵⁹² “*Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação. Claro que esta não é uma regra absoluta*”. Pg. 94.

⁵⁹³ “*Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los*”. Pg. 96.

O terceiro e último parâmetro geral definido pelo STF no julgamento da STA 175 é de ordem processual, ligado à concessão de provimentos cautelares ou antecipatórios. Segundo consta do acórdão, entenderam os ministros que, o fato de os tratamentos oficiais deverem ser privilegiados, faz com que, como regra, tenha de haver prévia instrução processual para a concessão de medicamentos não previstos nas políticas do SUS⁵⁹⁴.

Não há dúvidas de que os parâmetros indicados pelo STF nesta decisão são de grande valia, muito embora nos pareçam insuficientes para efetivamente minorar os efeitos deletérios decorrentes do excesso de judicialização⁵⁹⁵. Isto porque, segundo entendemos, o STF fez algumas concessões que poderiam ter sido evitadas, além de ter admitido expressamente que os juízes devem aplicar o método da ponderação de princípios na resolução destes casos⁵⁹⁶, o que, segundo entendemos e sustentamos ao longo deste trabalho, abre portas para o ativismo desenfreado nessa matéria e configura uma aplicação inconveniente de doutrinas estrangeiras⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ “É imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”. Pg. 97.

⁵⁹⁵ Neste sentido também é a opinião de Fernando Facury Scaff, comentando a mesma STA 175: “A despeito da decisão comentada se caracterizar como um enorme avanço jurisprudencial no trato da matéria, entende-se que o STF não dirimiu completamente o problema, pois deixou estas duas brechas para transformar os cofres públicos em instrumento de custeio de planos de saúde individuais através de ações individuais ou coletivas”. Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff, *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2011, pg. 128. No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos sugere que tais parâmetros mereceriam algumas “correções de rota”. *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 507.

⁵⁹⁶ “De toda a forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais”. Pg. 83 da STA 175.

⁵⁹⁷ Em sentido semelhante é a contundente crítica de Carlos Portugal Gôuvea à decisão proferida na STA 175: “Curiosamente, neste caso vemos a presente a repetição de um velho mal da prática judicial brasileira, que é se basear em argumentos e debates estrangeiros para buscar resolver problemas locais. Neste caso específico, a doutrina na qual o voto do relator foi baseada é quase integralmente alemã, baseada justamente na lógica de um Estado rico e igualitário. “Tropicalizada” e retirada de seu contexto, o resultado caminha para o teatro do absurdo. Em países que detêm um sistema de atendimento à saúde exclusivamente público, seria impensável que um indivíduo fosse exigir perante o Judiciário um tratamento que não estivesse prescrito na política pública de seu país. Seria um total desvirtuamento do sistema.”

O fato é que a decisão proferida na STA 175 não surtiu os efeitos esperados, o que parece ser demonstrado pelo fato de que o número de ações individuais relativas a prestações de saúde contra o Poder Público seguiu aumentando desde 2010. Carlos Portugal Gouvêa, referindo-se também à audiência pública realizada, diz que seus resultados foram decepcionantes no que respeita ao impacto na jurisprudência⁵⁹⁸.

O que se vê é que os juízes brasileiros em geral não têm observado os parâmetros fixados, insistindo em um entendimento, ainda que tácito, de que o direito constitucional à saúde abrangeria toda e qualquer prestação a ele relacionada, de acordo com a conveniência dos particulares autores. A rigor, parece-nos que nem o próprio STF tem sido cuidadoso na observância dos parâmetros que desenhou. Exemplo do que ora se afirma é a decisão do ministro Luis Edson Fachin na Petição n. 5.828 (relatada no item 3.3 supra), que na prática permitiu o fornecimento da substância fosfoetilonamina (que, a rigor, nem sequer pode ser considerada um medicamento), a despeito de ter sido afirmada a impossibilidade absoluta de concessão de tratamentos experimentais na STA 175.

6.1.4. A atuação do Conselho Nacional de Justiça

Como já mencionado, também como decorrência da audiência pública realizada pelo STF nos meses de abril e maio de 2009, foram tomadas algumas medidas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça no sentido de buscar soluções para o problema da judicialização excessiva de prestações de saúde no Brasil.

Entre estas medidas, destaca-se inicialmente a aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010⁵⁹⁹, que, entre outras coisas, recomendou que os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais celebrassem convênios com o objetivo de disponibilizar aos juízes apoio técnico de médicos e farmacêuticos para subsidiar as decisões dos magistrados em processos desta espécie (inciso I, “a”). Em virtude desta decisão, foram criados país afora os chamados Núcleos de Apoio Técnico (NAT’s), que procuram fornecer respostas técnicas rápidas às questões sobre prestações de saúde submetidas aos juízes.

Direitos Sociais contra os Pobres, artigo disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf, pg. 31.

⁵⁹⁸ Idem, pg. 28.

⁵⁹⁹

http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf.

Seguindo este caminho, o CNJ publicou, em 6 de abril de 2010, a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde – Fórum da Saúde, “*com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos*” (art. 1º)⁶⁰⁰.

No cumprimento de suas atribuições, o Fórum da Saúde do CNJ promoveu, até esta data, dois encontros públicos com diversos profissionais que lidam com tema no seu dia a dia (gestores do SUS, magistrados, procuradores públicos, defensores públicos, etc.). Estes encontros receberam o nome de Jornadas de Direito à Saúde e se realizaram, respectivamente, nos meses de maio de 2014 e maio de 2015, no Tribunal de Justiça de São Paulo⁶⁰¹. As discussões travadas por estes profissionais resultaram na aprovação de 35 enunciados destinados a orientar a atuação de juízes e gestores do sistema nos processos relacionados a prestações de saúde proposto em face do Poder Público, os quais se encontram disponíveis para consulta no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça⁶⁰².

A leitura destes enunciados é bastante interessante. Neles se encontram orientações destinadas exclusivamente aos gestores do sistema⁶⁰³ e outras destinadas exclusivamente aos particulares autores das ações, o que, com a máxima vênia, parece fazer muito pouco sentido⁶⁰⁴. Algumas outras, embora direcionadas aos magistrados, dizem respeito a uma atuação extraprocessual⁶⁰⁵ ou a aspectos de direito processual,

⁶⁰⁰

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_107_06042010_11102012191858.pdf.

⁶⁰¹ <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>;

<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>.

⁶⁰² No total, nas duas Jornadas realizadas foram aprovados 68 enunciados. Ocorre que nem todos se referem à “saúde pública”, havendo também enunciados relacionados à “saúde suplementar” e ao “biodireito”.

⁶⁰³ Do que é exemplo o enunciado n. 17, da I Jornada, que diz respeito à composição dos Núcleos de Apoio Técnico (NAT’s), e o enunciado n. 48, da II Jornada (“*As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos ou toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico*”).

⁶⁰⁴ Assim por exemplo, os enunciados n. 3 (“*Recomenda-se ao autor, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária*”), n. 16 e n. 19 (“*Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória...*”), todos da I Jornada.

⁶⁰⁵ Por exemplo, o enunciado n. 52, da II Jornada (“*Nas ações reiteradas nas mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado da ciência dos fatos aos Conselhos Municipal de Estadual de Saúde*”).

relacionados à questões probatórias⁶⁰⁶ ou de competência⁶⁰⁷, as quais são de menor interesse para este trabalho. Cabe-nos destacar neste ponto apenas o enunciado n. 18, da I Jornada, que procura afirmar a importância dos Núcleos de Apoio Técnico (NAT's), ainda que de modo titubeante⁶⁰⁸.

Para além destes mencionados, a análise de outros dos enunciados postos revela, com o máximo respeito, alguma falta de técnica na sua redação, o que os torna bastante confusos e de compreensão truncada. Exemplo do que ora se afirma é o enunciado n. 61, da II Jornada, que acrescenta algumas palavras à redação do enunciado n. 4, da I Jornada, sem, no entanto, revoga-lo. Alguns deles se encontram quase que em duplicidade, tendo redações bastante semelhantes⁶⁰⁹, o que, por óbvio, os torna em parte desnecessários. Outros, ainda, ostentam contradições (ao menos aparentes): enquanto o enunciado n. 6, da I Jornada, diz que os juízes devem evitar a concessão de medicamentos em fase experimental⁶¹⁰, o enunciado n. 50, segunda parte, da II Jornada, diz expressamente que o Estado não pode ser compelido a conceder tratamentos ou medicamentos experimentais⁶¹¹. Um deles contém uma aparente e insuperável contradição interna: salvo melhor juízo, o enunciado n. 9, da I Jornada, quase parece dizer que nas ações que versem sobre

⁶⁰⁶ Como por exemplo, o enunciado n. 12, da I Jornada (*“A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)”*), e o enunciado n. 49, da II Jornada (*“Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico”*).

⁶⁰⁷ Como por exemplo, o enunciado n. 5, da I Jornada (*“Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados na Anvisa, off label e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado”*) e o enunciado n. 47, da II Jornada (*“Não estão incluídos na competência dos juizados especiais da fazenda pública os casos em que se pretende o fornecimento de medicamentos e/ou tratamento cujo custo anual superar o limite da competência dos referidos juizados”*). Saliente-se apenas que “medicamentos off label”, citados no enunciado n. 5, são aqueles prescritos para uso diferente do indicado na bula.

⁶⁰⁸ Enunciado n. 18, da I Jornada: *“Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde – NATS”*.

⁶⁰⁹ Compare-se as redações do enunciados n. 8, da I Jornada (*“Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores”*) e do enunciado n. 60, da II Jornada (*“A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”*).

⁶¹⁰ Enunciado n. 6, da I Jornada: *“A determinação judicial do fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”*.

⁶¹¹ Enunciado n. 50, segunda parte, da II Jornada: *“Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais”*.

medicamentos e tratamentos experimentais, não se pode condenar os entes federados a custear estes mesmos medicamentos e tratamentos experimentais⁶¹².

É certo que o fato de os enunciados das Jornadas de Direito à Saúde serem bastante recentes (dos anos de 2014 e 2015, como dito) faz com que não se possa afirmar de modo conclusivo se sua edição teve quaisquer efeitos na jurisprudência relacionada às prestações de saúde. Nada obstante, cremos que sua influência, se houver, será muito tímida. Isto porque, para além dos problemas redacionais que identificamos, acreditamos que também estes enunciados não foram rígidos o suficiente, deixando diversas brechas para o ativismo judicial nesta seara.

Assim é que, por exemplo, muito embora neles se encontre subjacente a principal diretriz traçada pelo STF na STA 175, de que os tratamentos previstos nas políticas oficiais do SUS devem ser privilegiados, em diversos enunciados se encontra expressa a ideia de que os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS não são limitadores e de que os juízes podem sim conceder tratamentos outros, desde que comprovada a inefetividade das prestações oficiais. Neste sentido, é o enunciado n. 14, da I Jornada (*“Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde”*) e o enunciado n. 61, da II Jornada (*“Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde do fármaco não protocolizado”*).

Em nenhum enunciado, entretanto, se encontra algum esclarecimento acerca do que seriam estas situações de “inefetividade” ou “inviabilidade”, capazes de possibilitar a quebra das políticas oficiais. Em quais casos os tratamentos e medicamentos oficiais seriam considerados inefetivos ou inviáveis? Apenas nos casos em que os mesmos não pudessem garantir a sobrevivência do usuário ou também nos casos em que prestações

⁶¹² Enunciado n. 9, da I Jornada: *“As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamentos e tratamentos experimentais”*.

outras pudessem lhe garantir melhor qualidade de vida? Em outras palavras, “tratamento efetivo” é sinônimo de “tratamento suficiente” ou de “tratamento melhor”? Segundo entendemos, a simples menção à inefetividade não será capaz de dissuadir os juízes de suas posturas ativistas atualmente observadas.

Além disso, os enunciados não vedam a concessão de medicamentos não aprovados pela ANVISA (a despeito do já mencionado art. 19-T, da Lei 8.080/90). O já mencionado enunciado n. 6, da I Jornada, se limita a dizer que os juízes devem evitar a concessão de tais prestações, enquanto o enunciado n. 50, da II Jornada, diz que as mesmas podem ser concedidas se houver prova de necessidade premente⁶¹³.

Um último enunciado que, segundo entendemos, demonstra a insuficiência das diretrizes traçadas pelo CNJ, é o de n. 57, da II Jornada, o qual, na prática, reduz a relevância da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, instituída pela Lei 12.401/2011, tratando suas opiniões técnicas quase como meras sugestões (“*Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS – CONITEC*”).

6.2. Um conceito absoluto de mínimo existencial: três diretrizes

Após todas as considerações até aqui feitas e após traçarmos um panorama da legislação vigente e das tentativas de fixação de parâmetros feitas pelo STF e pelo CNJ, acreditamos ter condições de sugerir alguns elementos (três, para ser mais específico) para a definição de um conceito absoluto de mínimo existencial, que possa de fato servir de parâmetro para a judicialização de questões de saúde.

Como já dissemos (mas não é demais repetir), não pretendemos de modo algum dizer que as diretrizes a seguir devem necessariamente compor um conceito absoluto de mínimo existencial, cientes inclusive da imensa dificuldade da tarefa. Muito mais importante do que fazê-lo, a nós parece-nos ser sustentar que o Poder Judiciário precisa atuar de modo autocontido nas questões relativas a direitos sociais e sustentar que a

⁶¹³ Enunciado n.50, da II Jornada: “*Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou par uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais*”.

ideia de mínimo existencial, se adotada em larga escala, pode gerar esta postura minimalista. Se este trabalho puder servir de alguma maneira e em alguma medida a estes propósitos, já estaremos satisfeitos, de modo que as diretrizes a seguir não são mais que sugestões ou meros pontos de partida.

Pois bem. Como já dissemos, a ideia de mínimo existencial consiste no conjunto de prestações materiais básicas estritamente necessárias e suficientes à manutenção de uma vida humana digna e utilizar esta ideia como mecanismo de autocontenção significa assumir que o Judiciário só pode determinar diretamente (com fundamento direto na Constituição) estas prestações, não podendo fazê-lo com quaisquer outras (não previstas em lei, obviamente). Quais seriam, todavia, estas prestações de saúde componentes do mínimo existencial?

A primeira parte da resposta à pergunta formulada é mais do que óbvia e já foi posta algumas vezes no presente trabalho: uma prestação de saúde componente do mínimo existencial não pode ser a melhor entre duas ou mais existentes e igualmente suficientes. Em outras palavras, um conceito absoluto de mínimo existencial no que se refere ao direito à saúde não garante ao indivíduo o “melhor tratamento ou medicamento possível”, simplesmente porque o “melhor possível” não pode logicamente corresponder ao “estritamente necessário” ou àquilo que é suficiente.

Em que casos, porém, uma prestação de saúde poderá ser considerada suficiente? Segundo entendemos, toda a vez que puder garantir a sobrevivência do usuário do SUS. Deste entendimento retiramos nossa primeira sugestão de diretriz, a saber:

- 1ª diretriz: o juiz só poderá conceder uma prestação de saúde não constante dos protocolos oficiais se sua não concessão puder levar o autor da ação à morte e não houver tratamento protocolizado capaz de garantir-lhe a sobrevivência.

Defendemos que um conceito absoluto de mínimo existencial deve abrigar a diretriz acima, repita-se, porque acreditamos que a manutenção da vida é o patamar mínimo de dignidade que o direito à saúde deve garantir. Com a defesa desta diretriz, por óbvio, não queremos reduzir a importância de outras prestações de saúde que puderem aumentar a qualidade de vida e tratar doenças que, sabemos, trazem grande

sofrimento às pessoas, ainda que não lhes possam tirar a vida. Queremos apenas dizer que o Judiciário não deve em casos individuais determinar a concessão destas prestações, cuja garantia e oferecimento pelo Estado deve ser buscada pelas vias políticas ordinárias (junto aos poderes Legislativo e Executivo). Saliente-se que o que chamamos de vias políticas ordinárias, por mais desacreditadas que sejam hoje em dia em nosso País, são uma realidade que jamais deixará de existir, e simplesmente desistir delas não contribuirá de forma alguma para seu aperfeiçoamento.

A adoção da diretriz acima exposta, segundo entendemos, resolveria na sua maior parte os problemas relacionados ao excesso de judicialização da saúde verificados hoje em dia em nosso País. Isto porque, em grande parte das ações individuais relacionadas ao direito à saúde propostas contra o Poder Público, a concessão do medicamento ou tratamento não protocolizado não é posta como uma questão de vida ou morte. Prova disso, nos parece ser o fato de que entre as diversas prestações que o Estado de São Paulo hoje fornece por conta de decisões judiciais estão algumas absolutamente supérfluas, como adoçantes, achocolatados, antissépticos bucais, lupas, shampoos e perucas (ver item 2.4.3 supra e nota de rodapé 294).

Em sendo adotada esta diretriz como elementar de um conceito absoluto de mínimo existencial, também restariam inviáveis outras ações individuais que hoje em dia são bastante frequentes, em que os autores buscam prestações de grande importância, sem dúvida, mas cuja ausência não lhes pode causar a morte, como, por exemplo, aquelas que visam o fornecimento de aparelhos auditivos⁶¹⁴ ou cadeiras de roda, motorizadas ou não⁶¹⁵.

Repita-se, para que não haja dúvidas a respeito: não se nega aqui a importância destas prestações materiais e não se deixa de defender neste trabalho que o Estado deve fornecê-las aos cidadãos; contudo, não podemos concordar que as mesmas

⁶¹⁴ O Tribunal de Justiça de São Paulo tem diversos acórdãos condenando Municípios ao fornecimento de aparelhos auditivos a particulares (muito embora o Estado de São Paulo tenha uma política pública de fornecimento destas órteses, diga-se de passagem), muitas vezes liminarmente. Apenas a título de exemplo, Vide a apelação n. 0002085-74.2015.8.26.0361, assim ementada: “*Mandado de Segurança – Portador de Deficiência Auditiva – Pedido de fornecimento de aparelho auditivo bilateral – Aplicação da regra do art. 196 da Constituição Federal – O direito à vida é amplo e explicitamente protegido pela Carta Magna – Sentença mantida – Recurso de ofício e apelação improvidos*”.

⁶¹⁵ Conforme já mencionamos, o órgão especial do TJ/SP tem uma decisão em que, com fundamento na ideia de mínimo existencial e com base no princípio da proporcionalidade e na ponderação de bens em conflito, concedeu a um particular uma cadeira de rodas motorizada com joystick (agravo regimental n. 2081764-52.2015.8.26.0000).

sejam condidas em ações individuais, que não levam em conta quaisquer questões de natureza organizacional ou financeira com as quais os administradores públicos têm de lidar inevitavelmente todos os dias. Que ninguém se engane: da mesma fonte escassa que saem os recursos para o custeio destas decisões judiciais, saem também os recursos necessários à expansão das redes de saneamento básico e ao combate de endemias, como a dengue ou o Zika vírus.

Ao propormos esta primeira diretriz, estamos cientes das críticas existentes na doutrina. Diversos autores que tratam da ideia de mínimo existencial fazem questão de afirmar, baseados inclusive na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que seria um equívoco equiparar a ideia de mínimo existencial à sobrevivência do indivíduo. Neste sentido, por exemplo, Ingo Wolfgang Sarlet diferencia mínimo existencial de “mínimo vital”, que seria, por assim dizer, o mínimo existencial fisiológico⁶¹⁶. Em termos semelhantes, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que o Judiciário deve ir além da garantia do patamar das condições de subsistência do cidadão, devendo, antes, garantir o que chama de condições necessárias à dignidade humana⁶¹⁷. A estas críticas, porém, objetaríamos no sentido de que o que aqui se trata é apenas de um conceito de mínimo existencial para o direito à saúde. Nossa atenção no presente momento não se volta, pois, a outros direitos sociais, como assistência social ou educação, mesmo porque, conforme procuramos sustentar no item 5.1.1 acima, a utilidade da ideia de mínimo existencial para estes direitos no Brasil é praticamente inexistente, em virtude de sua analítica previsão expressa na Constituição Federal.

⁶¹⁶ “De outra parte, o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nesta perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações”. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012, pg. 322.

⁶¹⁷ “Não há sentido na cristalização minimalista provocada pelo conceito de “mínimo existencial”, cuja própria locução sugere apenas as “condições de subsistência” estariam garantidas. O Judiciário é legítimo para concretizar não as “condições mínimas”, mas as “condições necessárias” para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os “meios de subsistência”, mas também a “igualdade de meios para agir”. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para a auto-ajuda”. As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito. Sem a vigência de determinadas condições sociais, não há garantia de que tal cooperação, de fato, venha a ocorrer”. Cláudio Pereira de Souza Neto, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel, coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, pg. 537.

Seguindo, se os órgãos judiciais adotassem o conceito de mínimo existencial absoluto como parâmetro para sua atuação nos processos relativos a prestações de saúde e a diretriz acima exposta como seu elemento, por óbvio surgiriam diversas questões práticas nos processos em questão, referentes à forma de provar a alegação da essencialidade da prestação não protocolizada à sobrevivência do autor. Em assim sendo, a segunda diretriz que propomos se refere a situações em que esta extrema necessidade presume-se afastada de modo absoluto, a saber:

- 2ª diretriz: o juiz jamais poderá conceder uma prestação de saúde não constante dos protocolos oficiais se esta tiver caráter experimental ou se a CONITEC já tiver se manifestado pela sua não incorporação ao SUS.

A questão da vedação à concessão de medicamentos experimentais, além de ter sido afirmada tanto pelo STF, na STA 175, quando pelo CNJ, em alguns dos enunciados de suas Jornadas de Direito à Saúde, perfaz outra decorrência lógica da ideia de mínimo existencial como conjunto de prestações estritamente necessárias à manutenção da vida digna. Isto porque, se uma determinada prestação é experimental, por definição sua eficácia ainda não está técnica e cientificamente comprovada. Assim, ainda que em um determinado caso concreto não haja tratamento protocolizado capaz de garantir a sobrevivência do autor (em observância da 1ª diretriz), não se poderá buscar a sobrevivência do autor em uma simples “aposta”. Em assim sendo, não podemos de forma alguma concordar com a decisão do STF na Petição n. 5.828 e com todas as decisões dos juízes paulistas que ordenaram o fornecimento da fosfoetalamina.

A segunda parte desta segunda diretriz se refere às manifestações da CONITEC. Enquanto o fato de um determinado medicamento ser experimental gera uma presunção absoluta de que o mesmo não é capaz de garantir a sobrevivência do paciente autor, a existência de manifestação conclusiva da CONITEC pela não incorporação de um determinado medicamento gera, segundo entendemos, presunção absoluta de que existe tratamento suficiente disponível nas políticas públicas oficiais. Em sendo observada esta diretriz, por exemplo, grande parte dos problemas decorrentes da judicialização da saúde no Estado de São Paulo restaria resolvida, já que, como dito no item 2.4.3 supra, quase um quarto dos processos deste tipo ajuizados em face daquele ente federativo tem como objeto o fornecimento das chamadas insulinas análogas, acerca das quais a CONITEC já se manifestou conclusivamente no sentido de que *“as evidências científicas disponíveis não*

comprovaram a superioridade do tratamento com estes agentes em relação ao tratamento com insulina NHP e insulina regular (que são as insulinas já previstas nas listas oficiais e que por isto estão à disposição na rede pública de saúde), nos principais parâmetros da doença”⁶¹⁸.

Com a sugestão desta diretriz, por óbvio não estamos a sustentar que as decisões da CONITEC estariam imunes a qualquer questionamento judicial, de forma alguma. Apenas sustentamos que referido questionamento não deve se dar uma ação individual que tenha por objeto a concessão de uma prestação de saúde, perante qualquer juízo, inclusive em virtude de sua complexidade técnica.

Por último, a terceira diretriz que propomos, se relaciona à capacidade econômica dos autores das ações, a saber:

- 3ª diretriz: observadas as outras duas diretrizes, o juiz só poderá conceder uma prestação de saúde não constante dos protocolos oficiais se o autor ou sua família não tiverem de modo algum como arcar com os custos desta prestação.

Segundo entendemos, a gratuidade do sistema, previsto na Constituição, só pode significar, como regra, o fornecimento gratuito de medicamentos ou tratamentos protocolizados. Se um determinado autor pretende obter prestações outras, terá de arcar com estes custos, na medida em que puder fazê-lo, obviamente. Sustentamos, inclusive, que ainda que os autores não tenham condição de arcar com o custo total do tratamento de que necessitam, os juízes deveriam permitir ao Poder Público se ressarcir de pelo menos parte deste valor, na medida das forças econômicas dos requerentes.

Esta diretriz, além de buscar a minoração dos impactos financeiros existentes para o Estado no cumprimento de decisões judiciais deste tipo, tem por objetivo impedir em alguma medida os efeitos contra distributivos e concentradores destas decisões, denunciados, entre outros, por Carlos Portugal Gouvêa (segundo quem, a proteção dos direitos sociais feita em termos individuais faz com que as classes mais abastadas da

⁶¹⁸ Consulta pública n. 04/2014, disponível no seguinte sítio eletrônico:
<http://conitec.gov.br/index.php/consultas-publicas-consultas-publicas-2014>.

sociedade se apropriem cada vez mais dos recursos públicos, em detrimento das classes menos privilegiadas)⁶¹⁹ e Ana Paula de Barcellos⁶²⁰.

6.3. Um último questionamento: a possibilidade de positivação do mínimo existencial enquanto parâmetro e a responsabilidade institucional do STF diante do problema

Todas as considerações até aqui feitas, além de nossa tentativa de sugerir diretrizes para a formulação de um conceito absoluto de mínimo existencial para o direito à saúde, se devem, por óbvio, à crença que temos de que o mínimo existencial pode servir de parâmetro para a judicialização dos direitos sociais. Como já dissemos, acreditamos sim que se os juízes se conscientizassem da necessidade de uma atuação minimalista e passassem a sempre se referir à ideia de mínimo existencial para realizar o controle de constitucionalidade referente aos direitos sociais (pelo menos em ações individuais), a repetição dos casos teria o condão de formar e assentar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o seu conteúdo, minorando os potenciais efeitos deletérios que esta atuação judicial pode acarretar⁶²¹.

O que fazer, entretanto, para que o mínimo existencial seja alçado à condição de parâmetro e referência para a atuação judicial na seara dos direitos sociais?

⁶¹⁹ “A questão que se coloca agora é de se a proteção constitucional de direitos econômicos e sociais é um mecanismo eficaz de redução da desigualdade econômica. A hipótese que vou apresentar aqui é a de que a resposta será necessariamente negativa nos casos em que tal proteção for baseada apenas na proteção de direitos individuais, ou seja, caso o mecanismo primordial para garantia de tais direitos seja a apresentação de ações individuais perante o Judiciário por indivíduos buscando, cada um, proteger “o seu” direito social e econômico”. Op. cit., pg. 12.

⁶²⁰ “Tais decisões judiciais acabam se transformando, involuntariamente, em veículos de uma distribuição de renda muito pouco equitativa no âmbito da sociedade brasileira: todos custeiam – sem que tenham decidido fazê-lo – determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável”. Este perigo, diz a autora, não haveria no caso de as decisões judiciais em matéria de saúde se limitarem ao mínimo, pois neste casos “há sim uma decisão política fundamental – constitucional -, pela qual toda a sociedade comprometeu-se a custeá-lo para assegurar a dignidade de todos os homens”. Op. cit., pg. 324.

⁶²¹ “A partir do momento em que o mínimo passa a ser a referência teórica de legitimidade do ordenamento e, diante do modelo constitucional brasileiro, torna-se base para a judicial review, a tendência é a diminuição das disparidades entre as decisões. Ainda que, como dito, não se possa formular uma lista fechada, em abstrato, do conjunto de prestações abrangidas pelo mínimo, a repetição dos casos proporcionará alguma uniformidade. Mais importante até, quando o mínimo torna-se referência precípua para as decisões judiciais e base para o sistema jurídico, ele é transferido automaticamente para o debate público. Como existe uma referência para a atuação da Corte Constitucional, passa a haver um ponto central para crítica, seja dos operadores jurídicos, seja dos antropólogos, dos sociólogos, dos filósofos ou mesmo da sociedade civil. Com isso, a tendência é um aprimoramento das decisões judiciais, bem como uma intervenção decrescente do Judiciário, porque os agentes políticos provavelmente desenvolverão projetos para abranger o mínimo, com prioridade em relação ao que a ele excede. O mínimo, quando colocado em sua posição de centralidade, pode tornar-se referência para toda atuação do Estado na área social (...)”. Fernando Fróes de Oliveira, op.cit., pg. 243, já citado.

Como gerar nos juízes esta prática e, sobretudo, esta cultura? Ao que parece, alguns autores defendem que a positivação da ideia de mínimo existencial pode ter este efeito.

Ao final da obra coletiva que coordenaram sobre o controle jurisdicional de políticas públicas, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe apresentam um anteprojeto de lei que estabelece um “*processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas do Poder Judiciário*”⁶²². Trata-se de proposta que, por assim dizer, condensa as diversas opiniões expostas nos artigos que compõem esta obra coletiva, com ênfase nas opiniões dos próprios coordenadores. Como apontado no item 2.5 acima, tanto Ada Pellegrini quanto Kazuo Watanabe defendem a ideia de mínimo existencial como limite para a judicialização das “políticas públicas”⁶²³.

Devido a este seu entendimento, do anteprojeto de lei que estes autores propõem constam algumas menções à ideia de mínimo existencial. Assim é que em seu art. 1º a garantia do mínimo existencial aparece como princípio do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário⁶²⁴ e em seu art. 6º consta regra segundo a qual o juiz só poderá antecipar a tutela pretendida se o pedido envolver o mínimo existencial⁶²⁵. No parágrafo único do art. 6º há, inclusive, uma tentativa de definição de mínimo existencial, segundo a qual, “*considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana*”⁶²⁶.

O artigo 26 deste anteprojeto, todavia, traz uma disposição que consideramos ainda mais interessante, pois estabelece que o juiz, em ações individuais, só poderia julgar procedentes pretensões formuladas que fossem capazes de interferir em políticas públicas se as mesmas correspondessem ao mínimo existencial (ou tivessem

⁶²² Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, coordenadores, *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro – 2013, págs. 507 a 513.

⁶²³ “Os demais direitos fundamentais sociais, que não correspondem ao núcleo básico da dignidade humana e por isso não são qualificáveis como asseguradores do “mínimo existencial”, e tampouco estejam consagrados em normas constitucionais de “densidade suficiente”, não desfrutam da tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição de política pública específica. Em relação a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo”. Kazuo Watanabe, *idem*, pg. 223.

⁶²⁴ Art. 1º. “O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais: (...) III – garantia do mínimo existencial (...)”. *Idem*, pg. 508.

⁶²⁵ Art. 6º. “Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil (...)”. *Idem*, pg. 509.

⁶²⁶ *Idem*.

previsão em norma constitucional de eficácia plena)⁶²⁷. Trata-se exatamente da proposta de utilização da ideia de mínimo existencial com a função de autocontenção que formulamos no presente trabalho.

Analisando a proposta de positivação da ideia de mínimo existencial aqui mencionada, acreditamos que a mesma tem o seu valor, muito embora seja insuficiente por si só para reduzir o ativismo judicial relativo aos direitos sociais e seus efeitos deletérios atualmente verificados a níveis aceitáveis. No advento de uma disposição legal que tal, a doutrina e a jurisprudência passariam a ter que discorrer sobre o tema, seja para afastá-lo sob o argumento de ser inconstitucional, seja para aplicá-lo.

Em um contexto como este, discussões como a que fizemos no presente trabalho teriam mais espaço e o caminho para a adoção de um conceito absoluto de mínimo existencial – que como sustentamos, é o único capaz de gerar uma atuação autocontida da jurisdição constitucional em matéria de direitos sociais – estaria aberto. É de se notar que também o anteprojeto apresentado por Ada Pellegrini e Kazuo Watanabe equipara mínimo existencial ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais (“*considera-se mínimo existencial, (...) o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição*”).

Nada obstante, não nos iludimos pensando que a positivação da ideia de mínimo existencial, tal como proposta, seria a solução completa dos problemas aqui apontados. Como já afirmamos algumas vezes, não existe entre os juízes brasileiros hoje em dia uma cultura de autocontenção - em virtude inclusive da tão prestigiada entre nós doutrina neoconstitucionalista. Diante desta realidade, o mais provável é que uma disposição como a do mencionado art. 26 do anteprojeto fosse simplesmente desconsiderada (por ser tida como inconstitucional) ou perdesse qualquer utilidade, sob uma interpretação de que o mínimo existencial seria nada mais do que o simples resultado da ponderação dos princípios em colisão, qualquer que fosse este – na linha do que defende a teoria relativa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

⁶²⁷ Art. 26. “Na hipótese de demandas para a tutela de direitos subjetivos individuais, que possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 5º e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração”. Idem, pg. 513.

Entretanto, parece haver uma forma de conduzir os juízes à adoção do mínimo existencial tal como proposto. Elival da Silva Ramos, apercebendo-se da cultura ativista atualmente predominante e notando que os juízes não têm observado, nos processos relativos ao direito à saúde, sequer os parâmetros apontados pelo STF quando do julgamento da STA 175/CE, sugere que o Supremo assumira sua responsabilidade enquanto Corte Constitucional e se utilize dos mecanismos à sua disposição para de fato colaborar para a redução das graves consequências que o ativismo judicial em matéria de saúde pública tem ocasionado.

O mecanismo sugerido pelo professor Elival para tanto é a súmula vinculante⁶²⁸. Por ser a questão da judicialização da saúde matéria evidentemente constitucional, por haver um número cada vez maior de ações deste tipo e porque as controvérsias atuais sobre a matéria têm gerado graves consequências país a fora, os requisitos previstos no §1º do art. 103-A da CF restam perfeitamente preenchidos⁶²⁹. Temos de concordar com o autor na sua afirmação de que somente a edição de súmulas vinculantes que tragam parâmetros claros e absolutos de atuação pode minorar o ativismo judicial nesta seara. *In verbis*:

“Em meu entender, apenas a edição de súmula vinculante, fixando alguns parâmetros para o controle judiciário das políticas de saúde, pode reverter a escalada da judicialização no trato dessa importante matéria, impedindo a prolação de decisões ativistas”.⁶³⁰

⁶²⁸ “Haja vista as graves consequências do ativismo judicial em matéria de saúde pública, que sob o ângulo institucional (ofensa aos princípios da separação de Poderes e do Estado de Direito), quer sob o ângulo de política judiciária (soluções e justiça comutativa para questões de justiça distributiva), quer, finalmente, sob o ângulo da eficiente implementação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde, é de se exortar o Supremo Tribunal Federal a que, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões em recursos extraordinários sobre o tema em foco, exerça a competência que lhe deferiu o art. 103-A”. Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 506.

⁶²⁹ CF, art. 103-A, §1º. “A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

⁶³⁰ Elival da Silva Ramos, *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, pg. 507.

A sugestão deste autor nos parece formidável. Cabe ao Supremo Tribunal Federal tomar a frente nesta tarefa de conscientização dos órgãos judiciários acerca da necessidade de autocontenção no que respeita à jurisdição constitucional relativa aos direitos sociais, tarefa esta que, segundo sustentamos, pode passar pela adoção de um conceito absoluto de mínimo existencial como parâmetro e pela consequente edição de súmulas vinculantes que lhe esclareçam o conteúdo – cristalizando, por exemplo, as diretrizes que apontamos no item 6.2 acima para o direito à saúde.

6.4. Um último esclarecimento: mínimo existencial, ações individuais e ações coletivas

Como se viu, este trabalho teve como objetivo, resumidamente, discorrer acerca da ideia de mínimo existencial como limite à jurisdição constitucional relativa aos direitos sociais no Brasil, com ênfase no direito à saúde. Procuramos demonstrar que esta ideia não tem efetivamente servido a este propósito de autocontenção e isto, principalmente, por falta de uma maior delimitação do conceito de mínimo existencial, além da ausência de uma cultura de autocontenção.

Pois bem. Conquanto o presente trabalho não tenha por objeto o direito processual, é preciso fazer um esclarecimento final. É que a defesa que fazemos do mínimo existencial no presente trabalho se destina, primordialmente, a atuação dos juízes em ações individuais - porque é nestas ações que os efeitos deletérios da judicialização dos direitos sociais mais se revelam.

Isto quer dizer que, ainda que se entenda que a atividade judicial de controle de omissões relativas aos direitos sociais possa ir além do mínimo necessário à garantia da dignidade humana, este controle nesta extensão só deveria ser admitido em ações coletivas, já que somente em ações desta espécie os juízes terão condições de efetivamente ter uma visão mais ampla da atuação estatal, o que pode diminuir a incidência de decisões socialmente perniciosas. Nas ações coletivas a necessidade de autocontenção da jurisdição constitucional parece diminuir assim como ela parece ser menor em sistemas de concentrados de controle de constitucionalidade.

Para exemplificarmos, basta-nos citar a segunda diretriz por nós proposta no item 6.2 acima. Como se viu, entendemos que os juízes não deveriam jamais conceder medicamentos sobre os quais a CONITEC já tenha se manifestado expressamente pela não

incorporação ao SUS. Ocorre, todavia, que este parâmetro, por óbvio, se destina apenas para ações individuais. Ações coletivas manejadas contra as manifestações deste órgão - que tenham como pedido a inclusão de determinada tecnologia nas listas oficiais, em benefício de toda a coletividade - são perfeitamente possíveis e salutares, pois, em caso de provimento, não se observariam todos os efeitos deletérios apontados neste trabalho. Não é por outra razão que diversos autores defendem que o controle de omissões relativas a direitos sociais devem se dar exclusivamente por meio de ações coletivas⁶³¹.

⁶³¹ Entre eles Fernando Facury Scaff, Thiago dos Santos Acca e José Reinaldo de Lima Lopes, todos citados no presente trabalho.

CONCLUSÕES

1. A doutrina brasileira dos direitos sociais nos nossos dias não tem sido capaz de fornecer critérios e parâmetros claros para a jurisdição constitucional relativa a estes direitos.

2. Somada a esta falta de parâmetros dogmáticos, diversos outros fatores presentes na realidade brasileira (tais como a desigualdade social, a descrença nas classes políticas, o sistema de controle difuso de constitucionalidade e o prestígio da doutrina neoconstitucionalista) impulsionam o ativismo judicial relacionado aos direitos sociais. O excesso de ativismo nesta área, porém, tem gerado uma série de efeitos deletérios, sobretudo no que respeita ao direito à saúde.

3. A jurisdição constitucional, como regra, deve atuar de modo autocontido, pois caso contrário acabará por desvirtuar o próprio caráter democrático dos Estados modernos. Esta necessidade de autocontenção é ainda maior no que respeita ao controle de constitucionalidade de omissões relativas aos direitos sociais, já que a implementação destes direitos demanda como regra juízos de caráter técnico e de organização estratégica, que envolvem, entre outras coisas, planejamento financeiro.

4. O mínimo existencial tem sido sugerido por parte da doutrina como parâmetro de atuação da jurisdição constitucional no que se refere aos direitos sociais. Trata-se de ideia que surgiu na Alemanha, como autorização excepcional para a atuação da jurisdição constitucional em um contexto de ausência de normas constitucionais consagradoras de direitos sociais. Nada obstante a sugestão da doutrina, os tribunais brasileiros tem se utilizado da ideia de mínimo existencial sem qualquer rigor técnico, transformando-o em um mero *topos* argumentativo.

5. Apesar desta má utilização pelos tribunais brasileiros, a ideia de mínimo existencial pode sim servir de parâmetro para a jurisdição constitucional concernente aos direitos sociais. Para tanto, o mínimo existencial terá de ser entendido como o conteúdo essencial dos direitos sociais a partir de uma teoria absoluta, segundo a qual seus contornos são definidos de modo apriorístico, não sujeito à aplicação das técnicas da ponderação de princípios ou da proporcionalidade.

6. Um conceito absoluto de mínimo existencial aplicado ao direito à saúde no Brasil deve abranger apenas aquelas prestações de saúde não previstas nos protocolos oficiais que observem as seguintes três diretrizes: (1^a) seu não fornecimento possa levar o autor da demanda à morte, por ausência de medicamento disponível suficiente à manutenção de sua sobrevivência; (2^a) que não seja experimental ou cuja incorporação ao SUS não tenha recebido parecer negativo da CONITEC; e (3^a) cujo custo seja absolutamente insuportável ao autor da demanda (ou seus familiares).

7. A fim de que os juízes passem a adotar a ideia de mínimo existencial como parâmetro para sua atuação concernente aos direitos sociais, seria de todo conveniente que o Supremo Tribunal Federal editasse súmulas vinculantes que estabelecessem seus elementos, especialmente para as ações individuais – já que nas ações coletivas os juízes em geral têm mais condições de proferir decisões socialmente úteis.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor/ COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002.

ACCA, Thiago dos Santos. *Direitos Sociais: Conceito e Aplicabilidade*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2013.

_____. *Teoria Brasileira dos Direitos Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo - 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (org.); AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (org.); HORBACH, Carlos Bastide (org.), LEAL, Roger S.(org.). *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia – Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Editora Quartier Latin, São Paulo – 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord). *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, Editora Quartier Latin, São Paulo – 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Controle de constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 920, p. 133-149, 2012.

_____. *A Constituição do Povo e sua Afirmação Popular*, artigo publicado em 06 de outubro de 2013, disponível no sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2013-out-06/analise-constitucional-constituicao-moldar-vontade-povo>.

_____. *O Controle de Constitucionalidade das Normas na Alemanha – Órgão de controle e métodos decisórios: lições para o Brasil*, Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS, n. 21, p. 189-208, 2000.

_____. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra – 2012.

_____. *O Direito ao Mínimo de Existência Condigna como Direito Fundamental a Prestações Estaduais Positivas – Uma Decisão Singular do Tribunal Constitucional*, In: *Jurisprudência Constitucional*, n. 01, jan-mar, 2004.

APPIO, Eduardo. *Democracia: Fins nunca justificam meios*, artigo consultado no seguinte sítio eletrônico: http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”, *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março de 2009, disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>, acesso em 21 de outubro de 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, 3ª edição, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

_____. *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 e SARMENTO, Daniel (coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Iuris Editora, Rio de Janeiro – 2010, págs. 875 a 903.

_____. *A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: Teoria e Jurisprudência Constitucional no Mundo Contemporâneo*. In SARMENTO, Daniel, coord. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2009, págs. 309 a 345.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, second edition, Yale University Press, New Haven – 1986.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*, Editora Campos, Rio de Janeiro – 2000.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o Governo dos Piores: uma gramática da democracia*, Editora Campos, Rio de Janeiro – 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013.

_____. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Editora Saraiva, São Paulo – 2002.

CANCIAN, Natália. *Ação judicial para acesso ao SUS explode em cinco anos*, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, edição do dia 07 de março de 2015, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/03/1599582-acao-judicial-para-acesso-ao-sus-explode-em-cinco-anos.shtml>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Editora Almedina, Coimbra - 2003.

_____. *"Metodologia fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*, in *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Coimbra, Coimbra - 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2011.

COLLUCCI, Cláudia. *Decisão da Justiça abre precedente para charlatanismo na medicina*, artigo publicado no jornal Folha de São Paulo de 15 de outubro de 2015, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2015/10/1694191-decisao-da-justica-abre-precedente-para-charlatanismo-na-medicina.shtml>.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 7ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo - 2010.

_____. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, Editora Companhia das Letras, São Paulo – 2006.

_____. *Ensaio Sobre o Juízo Constitucional de Políticas Públicas*, in DE MELLO, Celso Antônio Bandeira org., *Direito Administrativo e Constitucional: Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, Editora Malheiros, São Paulo – 1997.

_____. *Ética – Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 2006.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais – Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012.

COSTA, Alexandre Araújo. *O Controle de Razoabilidade no Direito Comparado*, Editora Thesaurus, Brasília – 2008.

DAHL, Robert A. *How Democratic is the American Constitution?*, second edition, Yale University Press, New Haven – 2003.

DANIEL, Juliana Maia. *O Mínimo Existencial no Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, dissertação de mestrado apresentada à FADUSP em 2013.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009.

_____. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, 1ª edição, 2ª tiragem, Malheiros, São Paulo, 2010.

DE SIQUEIRA, Paula Sue. *Judicialização em Saúde no Estado de São Paulo*, artigo que integra a publicação *Direito à Saúde – Para Entender Melhor a Gestão do SUS*, 1ª edição, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde – CONASS, disponível para consulta integral no seguinte sítio eletrônico:
http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_29.pdf.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – 2009.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya Gaspareto. *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; e NOVELINO, Marcelo (orgs.). *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Editora Juspodivm, Salvador – 2011, págs. 459/469.

DWORKIN, Ronald. *A Raposa e o Porco-Espinho*, Harvard University Press, Cambridge, 2011.

_____. *Uma Questão de Princípio*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2005.

_____. *Levando dos Direitos à Sério*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2009.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança – Uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2010.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Justiça Social e Justiça Legal: Conflitos de Propriedade no Recife*, In FALCÃO, Joaquim Arruda (org.). *Conflito de Direito de Propriedade – Invasões Urbanas*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1984.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

FERRAZ, Octávio e WANG, Daniel. *As Duas Portas do SUS*, artigo publicado em 19 de junho de 2014 no Jornal Folha de São Paulo, disponível no sítio eletrônico: www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaio/171851-as-duas-portas-do-sus.shtml.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 4ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2003.

FRANKENBERG, Gunter. *Jürgen Habermas, 80 Anos – Direito e Democracia*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2009.

GALDINO, Flávio. *Introdução á teoria dos custos do direitos*, Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito*, Editora Saraiva, São Paulo – 2014.

GOUVÊA, Carlos Portugal. *Direitos Sociais contra os Pobres*, disponível na internet, no sítio eletrônico: www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA11_Gouvea_CV_Port_20110514.pdf, consulta feita no dia 25.10.2015.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 11ª edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense: 2013, pp. 124/150.

HÄBERLE, Peter. *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade, V.1*, 2ª edição, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro – 2010.

HAMILTON, Alexander. *The Constitution of United States of America and Selected Writings of the Founding Fathers, The Federalist n. LXXVIII*, Editora Barnes & Noble Inc, New York – 2012.

HAMACHER, Flávio Jordão. *A Judicialização do Direito à Saúde na Assistência Farmacêutica*, in DE ALMEIDA, Gregório Assagra, SOARES JÚNIOR, Jarbas e DE ASSIS, Gilmar, coordenadores, *Saúde: Ministério Público e Direitos Fundamentais*, Editora Del Rey, Belo Horizonte – 2013, págs. 21 a 42.

HENRIQUES, Fátima Vieira. *Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, coordenadores. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010, págs. 827 a 858.

HORBACH, Beatriz Bastide. *Benefícios Sociais e a Garantia do Mínimo Existencial: o Caso Hartz IV*, Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

HORBACH, Carlos Bastide. *A avaliação da democracia togada passa pelas causas e efeitos*, artigo publicado em 12 de janeiro de 2014, disponível no sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-12/analise-constitucional-avaliacao-democracia-togada-passa-pelas-causas-efeitos>

HURWICZ, Leonid. *But Who Will Guard the Guardians?*, American Economic Review, American Economic Association, vol. 98 (3), págs. 577/585, June – 2008.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre – 2002.

LAPLANCHE e PONTALIS. *Vocabulário da Psicanálise*, 3ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo – 1998.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos Sociais e a Vulgarização da Noção de Direitos Fundamentais*. Informativo Incijur, v.52, p. 5-11, Joinville - 2003.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 18ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2014.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro - 2010, págs. 279/312.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*, Editora Método, São Paulo – 2006.

_____. *Em torno da Reserva do Possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, págs. 155/173.

_____. *Direitos Humanos e Modernização do Pensamento Jurídico Brasileiro*, in REIS, Elisa e ZILBERMAN, Regina (orgs). *Retratos do Brasil*, EDIPUCRS, Porto Alegre – 2004.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*, 4ª edição, Editora Atlas, São Paulo – 2013.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*, Editora Atlas, São Paulo – 2011.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como Superego da Sociedade*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2010.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O Ativismo Judicial e o Direito à Saúde*, Editora Fórum, Belo Horizonte – 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, Editora Saraiva, São Paulo - 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo - 2011.

MORALES, César Mecchi. *Originalismo e Interpretação Constitucional*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2011, disponível no [sítio eletrônico: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../CESAR_MECCHI_MORALES.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../CESAR_MECCHI_MORALES.pdf).

NETO, Eurico Bitencourt. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2010.

NEVES, Marcelo. *Entre a Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2014.

NUNES, Antônio José Avelãs, e SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, 5ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo – 2014.

NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel, coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lúmen Iuris, Rio de Janeiro – 2010.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. *Direitos Sociais, Mínimo Existencial e Democracia Deliberativa*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro – 2013.

PLATÃO. *A República*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2014.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Na Perspectiva do Direito como Integridade*, Editora LTr, São Paulo, 2009.

PICCINA, Guilherme Krahenbul Silveira Fontes. *A Efetividade do Direito à Educação Básica na Perspectiva do Mínimo Existencial na Constituição Federal*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da PUC-SP, 2010.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2012.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. Accountability institutions and political corruption in Brazil. *In: Corruption and democracy in Brazil*. Indiana: University of Notre Dame Press, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*, Editora Saraiva, São Paulo, 2010.

_____. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, volume 102, 2007, pg. 327/356.

_____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, Editora Saraiva, São Paulo – 2010.

_____. *O Direito à Saúde em Face da Discricionariedade Administrativa*, in NETO, Floriano de Azevedo Marques; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago, organizadores. *Direito e Administração Pública: Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*, Editora Atlas, São Paulo – 2013, págs. 482/510.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, Editora Martins Fontes, São Paulo - 2002.

SABINO, Marco Antônio da Costa. *Quando o Judiciário Ultrapassa Seus Limites Constitucionais e Institucionais. O Caso da Saúde*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição – Rio de Janeiro: Editora Forense: 2013, pp. 353/386, p.379.

SAMPAIO, Marcos. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Sociais*, Editora Saraiva, São Paulo – 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 9ª Edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre - 2011.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 11ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª edição, Editora Saraiva, São Paulo – 2015.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível*, in SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti, organizadores. *Direitos Fundamentais, Orçamento e Reserva do Possível*, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2013, págs. 133 a 153.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Fundação Konrad-Adenauer, Montevideu – 2005.

SHAPIRO, Martin. *Who Guards the Guardians?: judicial control of administration*, University of Georgia Press, London – 1992.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial*, 2ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

_____. *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, páginas 23 a 50.

_____. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro - 2010, pg. 587/599.

STRECK, Lênio. *Eis porque abandonei o “neoconstitucionalismo”*, artigo publicado no sítio eletrônico CONSULTOR JURÍDICO (www.conjur.com.br) no dia 13 de março de 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge – 1999.

SWEET, Alec Stone; e MATTHEWS, Jud. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, Faculty Scholarship Series, Paper 14 - 2008, disponível no sítio eletrônico http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers14.

TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York – 1995.

THAYER, James Bradley. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Harvard Law Review, v.7, 1893, págs. 129-156, disponível no seguinte sítio eletrônico: <https://archive.org/details/originandscopea00thaygoog>.

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

_____. *O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais*, in NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel coordenadores. *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro - 2010, págs. 313 a 339.

VERISSIMO, Marcos Paulo. *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o Processo Judicial no pós-1988*, tese de doutorado, FADUSP, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Revan, rio de Janeiro, 1999.

VIEIRA, Victor. *Sentenças judiciais exigindo creches aumentam 365%*, artigo publicado no jornal Estado de São Paulo em 16 de setembro de 2014, disponível no seguinte sítio eletrônico: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,sentencas-judiciais-exigindo-creches-aumentam-365,1560747>.

WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*, Editora Martins Fontes, São Paulo – 2003.

_____. *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

_____. *The Core of the Case against de Judicial Review*, Yale Law Journal, v. 115, 2006, págs. 1346/1406 .

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e Participação Democrática nas Políticas Públicas de Saúde*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP em 2009.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial” e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis*, in GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo, coordenadores. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro - 2013, págs. 213 a 225.