

Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana

Political judicialization, existential minimum and dignity of the human person

Saulo José Casali Bahia*

RESUMO

O artigo trata do controle judicial das omissões do Poder Público, tema relevante na problemática da responsabilidade civil do Estado. A interferência do Poder Judiciário em políticas públicas corresponde aos termos judicialização da política, politização do judiciário, ou, ainda, ativismo judicial, denominações atribuídas a este fenômeno, no Brasil, desde a década de 1990. A atuação do Poder Judiciário demanda conhecer em que medida a omissão do Estado é indevida, sendo destacadas as duas maneiras de olhar a questão, quais sejam, o substancialismo e o relativismo. Também é discutida a existência do mínimo existencial e da reserva do possível, e analisada a prática judicial brasileira para se concluir que vem existindo a adoção do modelo teórico da utopia. Indica-se que este paradigma, aliado ao paradigma da microjustiça, deve ser substituído pelos paradigmas da teoria dos custos dos direitos e da macrojustiça, com destaque para o princípio da confiança.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direito a prestações. Mínimo existencial. Reserva do possível. Judicialização da política.

ABSTRACT

The article deals with judicial control of omissions of public authorities, a relevant issue in the problem of civil liability of the State. The interference of the Judiciary in public policies corresponds to the terms judicialization of politics, politicization of the judiciary, or judicial activism, designations attributed to this phenomenon, in Brazil, since the 1990s. The intervention of the Judiciary demands to know to what extent the omission of the State is undue, emphasizing the two ways of looking at the question, namely, substantialism and relativism. It also discusses the principles of existential minimum and the limitations of the possible, and analyzes the Brazilian judicial practice, reaching the conclusion that the theoretical model of utopia has been adopted. It is pointed out that this paradigm, together with the paradigm of microjustice, must be replaced by the paradigms of the theory of the costs of rights and of macrojustice, with emphasis on the principle of trust.

Keywords: Judicial activism. Principle of the dignity of the human person. Personal rights and guarantees. Existential minimum. Limitations of the possible. Judicialization of politics.

1 Introdução: da responsabilidade civil do Estado à judicialização da política

Na década de 1980, o controle judicial das omissões do Poder Público era um tema tratado pela doutrina brasileira como um problema central da área de responsabilidade civil do Estado.

A Constituição Federal brasileira de 1988, preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais, não se descuidou de tratar da questão, e indicou novos remédios, então tidos como suficientes e eficazes para sanar as omissões relacionadas à concretização desses direitos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção.

A doutrina prenunciou e vaticinou, para esses remédios, efeitos que o controle concentrado de

* Juiz federal (11ª Vara/SJBA). Professor associado (FDUFBA). Doutor em direito (PUC-SP). Membro da Academia Mundial de Artes e Ciências (Waas) e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (ALJBA).

constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal tardou a construir. Órgão político, o STF adivinhava as críticas que o seu ativismo atrairia dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), ao corrigir-lhes inações administrativas e legislativas. Prevaleceu em um primeiro momento a maneira conservadora de dizer o direito, e aqueles novos remédios constitucionais foram reduzidos à mera declaração da omissão e à conclamação ao agir por parte dos demais Poderes. Os três instrumentos foram iguados em seus efeitos jurídicos: a pouco mais do que nada em termos práticos. Mas isso apenas num primeiro momento.

Pouco a pouco, as instâncias inferiores do Poder Judiciário entenderam que a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal carecia de sua ação própria e direta, ou poderia dela advir. E em causas individuais, algo que já foi definido por *Gustavo Amaral* (2001) como uma prática de “microjustiça”, passaram a atender aos anseios de indivíduos que recorriam ao Judiciário buscando uma prestação apenas em tese assegurada no Texto Maior, eis que dependente de uma política pública legislativa ou administrativa ainda não adotada. Ou seja, tratava-se de uma prestação dependente de uma escolha do legislador ou do administrador, diante do rol de medidas a adotar ou do leque de ações relacionadas à discricionariedade administrativa ou política.

Surge então o tema da judicialização da política, da politização do judiciário, ou, ainda, do ativismo judicial, denominações atribuídas a esse fenômeno, no Brasil, desde a década de 1990, e principalmente nos anos mais recentes. Alguns tentam fazer distinção entre esses termos, o que, no presente caso, não se prefere.

Trata-se de um problema de fronteira no direito, qual seja, saber em que medida compete ou cabe ao Poder Judiciário atuar para proporcionar prestações em relação às quais a omissão do Poder Público impede o seu usufruto por particulares.

2 Substancialismo e relativismo: o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana

A atuação do Poder Judiciário, como dito, demanda conhecer em que medida a omissão do Estado é indevida.

Duas maneiras de olhar a questão se põem em evidência.

A primeira concebe ser devida qualquer prestação relacionada a um direito fundamental individual ou coletivo, na esteira da previsão de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (CF, art. 5º, § 1º). Essa concepção pode ser chamada de objetivista ou substancialista, pois não importa para a definição da extensão da prestação jurisdicional qualquer condicionalidade suportada pelo sujeito da obrigação (o Estado). Importa, sim, a topografia constitucional daquele direito, ou seja, a sua fundamentalidade.

A concepção objetivista toma a ideia da existência de direitos absolutos, onde custos surgem como externalidades, e o conteúdo dos direitos não admite restrições.

Outra concepção destaca o sujeito da obrigação e as suas condicionalidades, e pode ser chamada de subjetivista ou relativista. Importa não apenas considerar a fundamentalidade do direito reclamado, mas as condições reais do sujeito obrigado prestar o direito reclamado. Importa não se esquecer da afirmação básica das ciências econômicas de que as necessidades são ilimitadas e os recursos limitados, ou seja, de que a escassez é uma realidade sempre presente. Importará a esta corrente, pois, enxergar os Poderes Legislativo e Executivo tendo diante de si um amplo quadro de necessidades, inclusive relacionadas a direitos fundamentais, e com poderes discricionários para, diante deste quadro, eleger aquelas necessidades fundamentais a atender, ainda que, diante da falta de recursos, algumas outras necessidades fundamentais possam ser desprestigiadas e não atendidas de todo em algum momento.

Para a concepção relativista, a efetividade de algum dos direitos fundamentais é um princípio, ou seja, um mandado de otimização (ALEXY, 2007), eventualmente sujeito à ponderação na hipótese de conflito com outro princípio qualquer, e eventualmente, daí, não satisfeito.

2.1 O mínimo existencial

Há, todavia, um fenômeno a considerar.

Para a concepção objetivista, colocar direitos fundamentais em um patamar de eventualmente nenhuma efetividade não é uma opção. Vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, todas categorias básicas de direitos fundamentais, não deveriam ser negociáveis, especialmente diante da omissão do legislador e do administrador.

Este radicalismo não é partilhado por todos os objetivistas. Alguns adeptos dessa corrente entendem que o rol de direitos fundamentais é largo e que não se mostra possível imaginar a concretização simultânea e judicializável de todos eles em todas as suas dimensões e graus. Há que como um reconhecimento implícito da reserva do possível. Nem todos os direitos fundamentais deveriam então ser judicializáveis objetivamente, mas apenas alguns deles. Haveria um núcleo mínimo, um *mínimo existencial* de direitos, um rol de direitos indispensáveis, estes sim não sujeitos à avaliação discricionária do legislador e do administrador quanto à sua concretização.

Assim, contrariamente aos objetivistas que poderíamos chamar de radicais, surgem objetivistas ou substancialistas moderados ou não radicais, que encampam a construção do *mínimo existencial*. Vê-se na doutrina que o rol destes direitos integrantes do *mínimo vital* nem sempre é revelado, o que pode deixar alguma dúvida no estudioso do tema. Todavia, os exemplos anotados a partir da doutrina de objetivistas indicam pertencer a este grupo o direito à vida (donde prestações que assegurem direito à saúde quase sempre virem associadas ao *mínimo existencial*). Alguns objetivistas acrescem o direito à educação fundamental, ou o direito a creches, ou o direito à proteção aos idosos. O rol varia bastante.

A reserva do possível, dizem os objetivistas de todos os matizes, não pode ser oposta ao menos contra aqueles direitos que integrem o mínimo existencial.

Fica a dúvida: cabe realizar o impossível, materialmente ou juridicamente falando?

A *reserva do possível* chega a ser considerada, para substancialistas radicais, uma importação indevida de teoria jurídica estrangeira (alguns indicam a sua origem na Alemanha!), inapta às terras brasileiras, já que somente possível sua valia em países desenvolvidos (onde o *mínimo vital* já teria sido atendido ou alcançado). Fica a dúvida: as lições econômicas sobre a escassez acaso são privilégio de países desenvolvidos?

Para a concepção relativista, os direitos, mesmo fundamentais, são relativos, e os custos são vistos como internalidades aos direitos, sendo o conteúdo do direito dado por suas próprias limitações. Não há um *mínimo existencial*, e sim um algo (mínimo) a ser garantido apenas no caso concreto, com conteúdo variável, ditado pelas circunstâncias e limites fáticos e jurídicos. O mínimo dos direitos e o máximo no caso concreto se confundem. O conceito de *mínimo existencial*

perde toda a sua serventia e operacionalidade para os relativistas, pois se há um algo (mínimo ou máximo a ser assegurado), seu conteúdo é variável e não fixo ou predeterminado.

2.2 A dignidade da pessoa humana

Cabe uma última palavra sobre o chamado *princípio da dignidade da pessoa humana*.

Ele por vezes é invocado para justificar a determinação de uma prestação estatal, já que se trataria de um valor irrecusável e seria como que a matriz correspondente ao *mínimo existencial*. Ocorre que a *dignidade da pessoa humana* não é sequer um princípio jurídico, pois não admite sopesamento com outros princípios. Trata-se, em verdade, de um verdadeiro *postulado racional*, na medida em que nenhuma decisão jamais será produzida de modo a ofender a essa dignidade.

A *dignidade da pessoa humana*, assim, é equivalente às expressões *justiça* ou *proporcionalidade*. Para comprovar isso, basta se realizar o exercício de substituição dos termos, o que prova a interdefinibilidade dos mesmos. Ou seja, “não ofende a justiça” ou “não ofende a proporcionalidade” realizar certas escolhas é o mesmo que dizer “não ofende a dignidade da pessoa humana” escolher algo. Não há conteúdo concreto e absoluto para a *dignidade da pessoa humana*. É o mesmo que falar em *mínimo existencial de conteúdo variável*.

3 A judicialização da política na prática: o modelo teórico da utopia

Após assistir ao aumento das condenações judiciais do Estado por omissão no dever de prestar medicamentos, duplicar estradas (e diminuir acidentes, protegendo a vida), construir escolas e creches etc., o Supremo Tribunal Federal retomou o tratamento da questão em outras bases, traduzíveis na ideia de ativismo judicial.

Mas de acordo com a concepção objetivista ou com a concepção subjetivista?

Ao se utilizar da *teoria da proteção insuficiente* para a fundamentação de um julgado, por óbvio se está a afirmar a importância de certos direitos. Desacompanhada de qualquer temperamento, o que se faz é simplesmente afirmar certos direitos como impositivos ou absolutos. Os custos passam a ser uma mera externalidade. Trata-se do modelo teórico da

utopia (GALDINO, 2005), ou de uma teoria radical da justiça em sua utilização não ponderada. Ou, como diziam os antigos, *fiat justitia et pereat mundus*.

A *teoria do menosprezo dos custos* possui duas vertentes.

Através de uma delas, a carência de recursos é vista como um mero “interesse financeiro e secundário do Estado”, moralmente inferior ao direito material postergado. Trata-se do perfeito exemplo de utilização do argumento de dissociação (PERELMAN, 2004), onde se busca convencer pelo descrédito forçado a um argumento. Olvida-se de que as escolhas orçamentárias são também escolhas morais e de que o orçamento é um produto ético (GALDINO, 2005). Também é uma teoria afeita ao modelo teórico da utopia.

Outra vertente da *teoria do menosprezo dos custos* é a prática usual de microjustiça. Como condenações pontuais e individuais são, isoladamente, de pouca expressão, e em tese absorvíveis no orçamento global, torna-se factível realizá-las. Diferentemente do *modelo teórico da utopia*, pode-se falar aqui na adoção do *modelo teórico da verificação da limitação dos recursos* (GALDINO, 2005), onde o custo continua sendo uma externalidade, mas se verifica a existência dos recursos. Se há recurso financeiro, poderia ser utilizado independentemente da escolha política acerca do emprego feita por outros Poderes ou para outras finalidades. Apenas a *reserva do possível* material ou fática é levada em consideração.

Todavia, tal prática ignora que a somatória de condenações individuais pode ter efeitos ou consequências alarmantes (há estados da federação brasileira onde 50% do orçamento estadual para a saúde é consumido com compras de medicamentos por ordem judicial), bem ainda a quebra do princípio da isonomia dela decorrente (sendo no mínimo cínica a alegação de que o direito não socorre aos que dormem e não ingressam no Judiciário, já que o Poder Público não pode e não deve desenvolver políticas prestacionais exclusivamente aos que a reclamem judicialmente, e sim, eticamente falando, a todos que dela necessitem).

Exemplos há onde a solução é trazida pelo *emprego de meios processuais*. Como a revelia contra o Poder Público não pode ser empregada, vê-se amiúde a menção ao ônus da prova a cargo do Poder Público e não desempenhado. Exemplo do emprego da inversão do ônus da prova é a STA 278-6/AL, onde não se levou em conta a alegação do estado de Alagoas de que a

condenação no fornecimento de medicamento afetaria as finanças estaduais. Confirmou-se a condenação na prestação porque o estado de Alagoas não comprovou a impossibilidade de fornecimento do medicamento. Impossibilidade material, diga-se de passagem.

Outro argumento amiúde utilizado é o de *compensação por ineficiência*. Diz-se que o orçamento é mal gasto, ou que a corrupção consome recursos que poderiam ser gastos de melhor forma. Trata-se de um sofisma, pois se usa o mau emprego do recurso como premissa de um emprego posterior de recursos sem qualquer análise da pertinência desse emprego posterior. O segundo mau uso não impede o primeiro mau uso. Apenas se agrava e se generaliza a situação de mau emprego de recursos públicos.

Outro argumento é o de *urgência*. Apesar das alegações de que a pretensão de atendimento médico fosse um privilégio em detrimento de outros pacientes necessitados, talvez em pior situação, decidiu-se que a demora no tratamento poderia custar a vida do autor, sobrepondo-se a urgência da proteção a esse direito fundamental individual ao “interesse de cunho político ou material”.

Um misto do emprego de vários desses argumentos acima expostos pode ser extraído do precedente abaixo, do Superior Tribunal de Justiça (AgRg 888.325/RS):

Processo civil. Administrativo. Antecipação de tutela. Negativa de seguimento fornecimento de medicamentos pelo Estado. Bloqueio de verbas públicas. Medida executiva. Possibilidade, *in casu*. Pequeno valor. Art. 461, § 5.º, do CPC. Rol exemplificativo de medidas. Proteção constitucional à saúde, à vida e à dignidade da pessoa humana. Primazia sobre princípios de direito financeiro e administrativo. Novel entendimento da e. Primeira Turma.

1. A obrigação de fazer que encerra prestação de fornecer medicamentos admite como meio de sub-rogação, visando adimplemento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor do ente estatal, bloqueio ou sequestro de verbas depositadas em conta corrente.

2. Isto por que, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

3. Depreende-se do art. 461, § 5.º do CPC, que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas

assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, *in casu*, o sequestro ou bloqueio da verba necessária à aquisição dos medicamentos objetos da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

4. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

5. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, *in casu*, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º:

“Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.”

6. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

7. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela

urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

8. *In casu*, a decisão ora hostilizada pelo recorrente importa na negativa do bloqueio de valor em numerário suficiente à aquisição de medicamento equivalente a três meses de tratamento, que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de sub-rogação.

9. Agravo Regimental Desprovido.

Exemplo de um “direito a algo” tomado como absoluto e associado ao “mínimo existencial”, capaz de inibir a discricionariedade do legislador, é dado no julgamento do RE 436.996-6/SP, pelo STF:

Recurso extraordinário - Criança de até seis anos de idade - Atendimento em creche e em pré-escola - Educação infantil - Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV) - Compreensão global do direito constitucional à educação - Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º) - Recurso improvido.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).

- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes

foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

No mesmo sentido tem-se, também pelo STF, o julgamento do RE-AgrR 393175:

Ementa: pacientes com esquizofrenia paranóide e doença maniaco-depressiva crônica, com episódios de tentativa de suicídio - Pessoas destituídas de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de caráter ético-jurídico, a integridade desse direito essencial - Fornecimento gratuito de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes - Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, “caput”, e 196) - Precedentes (STF) - Abuso do direito de recorrer - Imposição de multa - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave

comportamento inconstitucional. *A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente.* - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. *Distribuição gratuita, a pessoas carentes, de medicamentos essenciais à preservação de sua vida e/ou de sua saúde: um dever constitucional que o Estado não pode deixar de cumprir.* - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, “caput”, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. *Multa e exercício abusivo do direito de recorrer.* - O abuso do direito de recorrer — por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual — constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.

E vale lembrar que, afirmada a exigência da prestação pelo Poder Público, o Judiciário dispõe de inúmeros meios para a implementação de suas decisões, que vão desde o sequestro de verbas, multas diárias, condenação por improbidade administrativa, responsabilização criminal etc., havendo ainda meios de intervenção federal ou estadual.

4 Da judicialização da política à judicialização do jurídico

Se há um direito a assegurar, não há de fato como se falar em discricionariedade impeditiva do gozo do direito. O papel do Judiciário corresponde a assegurar direitos fundamentais exigíveis, direitos cuja

negativa de concretização pelos demais Poderes deve ser considerada uma omissão culposa e juridicamente indevida.

O Poder Judiciário, hoje, no dizer de *Mauro Cappeletti* (1988), na sua obra “Juízes Legisladores”, convive com a explosão de litigiosidade resultante do próprio intervencionismo corrente, por parte do Estado social, e tornou-se ou deve se tornar enfim o terceiro gigante, “capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviantesco administrador”.

Todavia, não se pode se deixar levar por uma *ingenuidade positivista* e acreditar que a mera positivação de algum direito no texto constitucional baste à sua justiciabilidade. Nem todos o são (justiciáveis ou exigíveis).

Por outro lado, não se pode se deixar levar por uma indiferença à positividade e acreditar que não há direitos fundamentais a efetivar ou omissões inconstitucionais a se corrigir.

5 Macrojustiça e microjustiça

Não se deve adotar como modelo de atuação do Poder Judiciário a judicialização de demandas individuais em tema de políticas públicas (BARROSO, 2011).

Os perigos da proliferação de demandas individuais são evidentes, e são tanto orçamentários quando violadores da isonomia. Daí diversos juristas, como *Barroso*, defenderem a transformação de políticas individuais em políticas coletivas, inclusive através dos meios processuais adequados.

Somente através de uma concepção macrojudicial poder-se-á avaliar a adequada alocação de recursos escassos. Estudos e levantamentos vêm demonstrando que as ações judiciais são movidas pelos mais ricos (com acesso a melhores advogados) ou possuidores de melhor assistência judiciária pública, e nos estados mais ricos da federação. Apenas Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná, estados com os maiores IDH do país, concentram 74% das ações contra o Ministério da Saúde, segundo o PNUD (2009).

O Judiciário vem sendo instado a compreender o tratamento das questões prestacionais não de modo individualizado, esse que foi o seu paradigma até agora, mas de modo global, tal como fazem o legislador e o administrador. Somente assim poderá

avaliar a eficiência das escolhas adotadas, e a culpa nas omissões, arbitrárias ou não, operadas.

Já se coloca explicitamente a questão de que nenhum sistema de saúde deve proporcionar livre acesso a tratamentos experimentais, descabendo ao Judiciário, assim, realizar condenações para que o Poder Público arque com gastos nesse sentido. Já se vem sensibilizando o Poder Judiciário no sentido da maximização de resultados, própria até então somente aos demais Poderes, mas indispensável quando se pensa em eficiência no emprego de recursos escassos. O Poder Público deve alcançar ao maior número, em princípio, com o mesmo volume de recursos.

Exemplificativa dessa mudança no seio do Judiciário é a Recomendação 31, de 30/03/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que visou à adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde:

Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010

O presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no uso de suas atribuições, e

considerando o grande número de demandas envolvendo a assistência à saúde em tramitação no Poder Judiciário brasileiro e o representativo dispêndio de recursos públicos decorrente desses processos judiciais;

considerando a relevância dessa matéria para a garantia de uma vida digna à população brasileira;

considerando que ficou constatada na Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir as questões relativas às demandas judiciais que objetivam o fornecimento de prestações de saúde, a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas;

considerando que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

considerando as reiteradas reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde;

considerando a menção, realizada na audiência pública nº 04, à prática de alguns laboratórios no sentido de não assistir os pacientes envolvidos em pesquisas experimentais, depois de finalizada a experiência, bem como a vedação do item III.3, "p", da Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde;

considerando que, na mesma audiência, diversas autoridades e especialistas, tanto da área médica quanto da jurídica, manifestaram-se acerca de decisões judiciais que versam sobre políticas públicas existentes, assim como a necessidade de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS;

considerando, finalmente, indicação formulada pelo grupo de trabalho designado, através da Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009, do Ministro Presidente do Conselho Nacional de Justiça, para proceder a estudos e propor medidas que visem a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde;

considerando a decisão plenária da 101ª Sessão Ordinária do dia 23 de março de 2010 deste E. Conselho Nacional de Justiça, exarada nos autos do Ato nº 0001954-62.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;

Publique-se e encaminhe-se cópia desta Recomendação a todos os Tribunais.

Ministro *Gilmar Mendes*

O conteúdo dessa resolução mostra o esforço hoje desenvolvido em prol da macrojustiça e do abandono do modelo e do paradigma da microjustiça.

Tem-se, com isso, a superação dos modelos teóricos da *indiferença*, da *verificação externa dos custos* e da *utopia*, com a adoção do modelo teórico dos *custos do direito* (GALDINO, 2005), onde finalmente caberá atentar para a *reserva do possível* no sentido, além do material, jurídico.

Esse sentido jurídico surge justamente da compreensão de que não há direitos a qualquer custo e de que se deve levar a escassez a sério caso se pretenda levar os direitos a sério (GALDINO, 2005).

6 Conclusão: o princípio da confiança

É certo que, como aduziu o ministro *Celso de Mello* no julgamento acima já reproduzido, não se

pode deixar que qualquer direito fundamental se torne “promessa constitucional inconsequente ou gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do estado”. Mas se deve sempre aferir se esse direito é de fato judicializável e exigível. Em suma, se o Estado agiu com culpa ou de modo ineficiente ao ignorar a prestação relacionada a um direito fundamental.

Há, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo, algo muito básico: somente quando falta a confiança nos mesmos é que pode agir o Poder Judiciário. Em outras palavras, o limite da atuação do Poder Judiciário é a confiança em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo estão a atuar no limite de suas forças, utilizando de todos os recursos disponíveis e maximizando os resultados a partir de seu emprego; ou a confiança de que os membros do Parlamento e do Executivo são eleitos para esse fim, e o cumprem. A confiança deve ainda incluir a ideia de que o eventual mau emprego de recursos (pelo Executivo ou pelo Legislativo) é algo possível para toda e qualquer pessoa que se disponha a administrar aqueles recursos de boa fé, minimizando qualquer margem de “mau emprego”.

Cumpra dizer que não há fundamento para se reconhecer ao Poder Judiciário brasileiro uma confiança em nível acima dos outros Poderes. O Judiciário ignora que o melhor caminho para obter a confiança da sociedade não é presumir que não exista da parte dos demais Poderes a intenção e a prática eficientes (o que serve a produzir muitas escolhas inconscientes pelo Judiciário), nem se substituir a quem republicanamente deveria realizar as escolhas políticas (achando-se o Judiciário mais preparado, menos corrupto e melhor intencionado para gerir políticas públicas, e com isso produzindo a “deseducação” ou o “esquecimento” cívicos em relação aos demais Poderes).

O problema da *judicialização da política* vem acontecendo muito mais nos países de desenvolvimento tardio do que em países desenvolvidos, onde o princípio da confiança nos Poderes Executivo e Legislativo possui prática em graus mais elevados, e onde a responsabilidade individual e pública é levada a sério. Esse parece ser o melhor caminho, já que a escolha do Poder Judiciário como a via preferencial ou exclusiva para a satisfação de direitos fundamentais basicamente funciona como índice de nossa baixa cidadania e do mau funcionamento da cidadania e das instituições da sociedade.

7 Referências

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2001.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.