THIAGO FREITAS RUBIM

Judicialização de políticas públicas: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Dr.ª Ada Pellegrini Grinover

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

THIAGO FREITAS RUBIM

Judicialização de políticas públicas: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira

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 de Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Titular Dr.ª Ada Pellegrini Grinover.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2017

Nome: RUBIM, Thiago Freitas.

Título: Judicialização de políticas públicas: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Civil

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Prof. Dr. _____Instituição: _____

Julgamento:_____Assinatura: _____

Dessa vez, à minha mãe, que sempre olhou por mim.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos sempre são tantos, muito embora as palavras não sejam suficientes para expressar o sentimento. Tentaremos. Desde já pedindo desculpas a quem não foi textualmente mencionado, mas no coração certamente lembrado.

Agradeço a Deus, por me ajudar a buscar ombros mais fortes, não fardos mais leves.

À minha mãe Paula, pelos momentos de incentivo e aconselhamento. Nos momentos mais difíceis, foi quem deu serenidade e suporte.

Ao meu padrasto Marcelo, que sempre foi mais que um padrasto.

Aos meus avós Paulo, Célia, Rubim e Teresinha. Três no céu, uma na terra, todos sempre comigo.

À minha orientadora, Prof.ª Ada Pellegrini Grinover, que, além de ser um exemplo de professora, pesquisadora, jurista, pessoa e amiga, me acolheu com muita bondade e paciência. Ela é luz que veio para iluminar o mundo jurídico e todo o resto que existe fora dele. Foi uma honra para mim, professora.

Aos professores das disciplinas cursadas na Faculdade de Direito da USP, em especial Maria Paula Dallari Bucci, Alexandre de Moraes, Susana Henriques da Costa, Carlos Alberto de Salles, Daniela Gabbay e Paulo Eduardo Alves.

À Prof.ª Maria Tereza Sadek e ao Prof. Camilo Zufelato, por cederam seu tempo em minha banca de qualificação, sugerindo, criticando e encaminhando, com tanta gentileza.

Aos colegas e amigos da Pós-Graduação, muitos que vieram comigo da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, em especial a Ingrid, João, Heloísa, Arthur, Camila, Mariana, Fernando, Bruno, Raquel, Júlio, Paulo, Bethania, Taciana, dentre muitos outros.

À Heloísa Couto, pelas alegrias e angústias compartilhadas.

Ao Guilherme, pela força.

À Raquel, pela dedicada revisão.

Ao nobre Procurador André Martinez, pela interminável amizade.

À Dani e ao João, pela reiteradas hospedagens e pratos gostosos.

Ao Prof. Marco Antônio Sabino, por toda a ajuda e por me apresentar um exemplo a ser seguido.

Ao Prof. Luciano Penteado, da FDRP, *in memoriam*, expoente no Direito Civil e na polidez.

A todos os outros professores da FDRP, que nunca deixará de ser minha casa, em especial Fernando Gajardoni e Thiago Marrara.

Aos demais professores que, com tanta delicadeza, opinaram sobre a pesquisa: Fernando Menezes, Wilson Maingué Neto, Fernando Facury Scaff, Vitor Burgo, Elival Ramos, Diogo Coutinho, Paulo Lucon, Ingo Sarlet, Daniela Gabbay, Fábio Mazza, Luiza Frischeisen.

Aos amigos de São Paulo, Fernando e Mariana, que me acolheram sob um teto. Muito alto, aliás. Nathalia, muito obrigado. Loiro, Aruan, Harry, Sasha, Nogueira, Thielman, é nóis.

Aos amigos de Ribeirão, que sempre tiveram alguma dificuldade em saber onde eu estava morando no momento. Misaac, Amorim, Vitão, Zózimo. Monise, obrigado pelas lições.

À Danielle, pela leitura incrivelmente atenta, perspicaz e sensível.

Ao Roberto, pelos comentários.

Aos funcionários das bibliotecas da FD e da FDRP, em especial Rosângela, Maria dos Remédios e Erinalva.

Aos colegas dos escritórios Domingos Assad Stocco e Mesquita Ribeiro, com os quais tive o prazer de trabalhar, por tudo que me ensinaram na prática do Direito.

Ao Instituto Paulista de Cidades Criativas e Identidades Culturais, que me educou para uma nova visão de cidadania.

À comunidade de São Simão e Santa Rosa do Viterbo, formada por raras pessoas que a alma está sempre a sorrir. Em especial Silvia e Padre Alex.

Ao Blues, ao Jazz e às orquestras de todo o mundo. Não deu para ouvir outros estilos no momento da escrita, infelizmente.

Last but not least, aos meus amigos de quatro patas e grandes corações: canino Burj e felina Nina (no final da redação, com filhotes!).

Por fim, mesmo com todo o apoio que tive, a responsabilidade pelo conteúdo a seguir é toda minha.

Desejo uma boa leitura!

Escava dentro de ti.
É lá que está a fonte do bem, e esta pode jorrar continuamente, se a escavares sempre.

Marcus Aurelius (121-180),
em *Meditações*

Vivemos um mundo de opulência sem precedentes, mas também de privação e opressão extraordinárias. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de cidadão.

Amartya Sen,
em *Desenvolvimento como Liberdade* (1999)

RESUMO

RUBIM, Thiago Freitas. *Judicialização de políticas públicas*: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira. 2017. 287 p. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Esta pesquisa tem como objeto a análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em relação ao controle de políticas públicas exercido pelo Poder Judiciário, na expectativa de sistematizar os argumentos mais recorrentes dos juristas e dos magistrados nos referidos órgãos judicantes. Em especial, a dissertação busca identificar como é utilizada a tensão entre os critérios decorrentes dos conceitos mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade. Diante da atualidade e relevância do tema, a pesquisa deparou-se com alguns *problemas jurídicos* passíveis de investigação: (i). Como as decisões dos tribunais estudados lidam com o dilema entre a escassez de recursos e a eficácia dos direitos fundamentais sociais? (ii). As decisões utilizam-se dos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade? (iii). Se sim, como esses conceitos são aplicados? Nos termos da ADPF 45 ou de outra forma? Essa decisão é, de fato, um precedente? (iv). Quais as consequências da aplicação desses conceitos nos julgados? Eles acarretam na procedência ou improcedência da ação? (v). Nas decisões analisadas, como o Judiciário vê-se seu próprio papel no controle e implementação das políticas públicas? A tendência é de autocontenção judicial ou de intervenção? (vi). As decisões são coesas entre si ou divergentes na fundamentação? (vi) O conteúdo das decisões aproxima-se ou afasta-se do conteúdo do PL 8058/14? A aprovação do Projeto é conveniente? Diante dessas questões, algumas hipóteses foram formuladas para serem testadas: (a). As decisões dos tribunais estudados, por vezes, utilizam-se dos critérios de racionalização do controle judicial trazidos pela doutrina e pela ADPF 45, todavia esses conceitos jurídicos indeterminados não são devidamente fundamentados, especialmente em conjunto com os fatos concretos da causa; (b). Em geral, as decisões entendem que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, pois acarretaria na violação da dignidade da pessoa humana e na ineficácia das normas constitucionais; (c) Em geral, as decisões entendem que se o mínimo existencial está sendo violado, a ação ou omissão da Administração é irrazoável, logo o pedido é razoável; (d). A ADPF 45 pode ser entendida como *leading case*, ao menos para as decisões do STF e do STJ, que costumam citá-la em suas decisões, contudo isso não acontece com tanta frequência nos tribunais inferiores; (e) A jurisprudência é coesa para conferir o pedido ao autor da ação, especialmente em caso de violação do direito à saúde e à educação infantil; (f). O Judiciário entende que está autorizado a intervir no caso de ações ou omissões inconstitucionais dos demais poderes para implementar ou corrigir políticas públicas; (g). Certas alterações legislativas propostas pelo PL 8058/14 não são utilizadas nas decisões, pois, em geral, os fatos que envolvem a causa e a situação da política pública não são exaustivamente debatidos, e certas decisões concedem prestações em processos individuais que extrapolam o mínimo existencial, o que justificaria a aprovação do Projeto de Lei. Ao final, a pesquisa concluiu que as hipóteses foram confirmadas.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Judicialização. Políticas públicas. Mínimo existencial. Reserva do possível. Razoabilidade. Jurisprudência.

ABSTRACT

RUBIM, Thiago Freitas. *Adjudication of public policies*: treatment of existential minimum, reservation of the possible and reasonability in Brazilian jurisprudence. 2017. 287 p. Dissertation (M.Sc.) - Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

The objective of this research is to analyze the doctrine and jurisprudence of STF, STJ, TJ-SP and Rio Grande do Sul (TJ-RS) in relation to the judicial control of the public policies, in the expectation of systematizing the most recurrent arguments of jurists and magistrates in these judicial courts. In particular, the dissertation seeks to identify how the criteria of existential minimum, reserve of the possible and reasonability is used. Given the relevance of the theme, the research found some legal problems that could be investigated: (i). How do the decisions of the courts deal with the dilemma between scarce resources and the effectiveness of fundamental social rights? (ii). Do the decisions use the concepts of existential minimum, reserve of the possible and reasonabilty? (iii). If so, how are these concepts applied? Like the ADPF 45 or otherwise? Is this decision, in fact, a precedent? (iv). What are the consequences of applying these concepts to judgments? (v). In the decisions analyzed, how does the Judiciary see its own role in the control and implementation of public policies? Is there a tendency for judicial self-restraint or judicial intervention? (v). Are decisions consistent or divergent? (vi). Do the content of the decisions approximate or deviate from the content of Project of Law 8058/14? Is the project approval convenient? Some hypotheses have been formulated to be tested: (a). The judgments of the courts sometimes use the rationalization criteria for judicial control introduced by the doctrine and the ADPF 45 but these undetermined legal concepts are not properly justified, especially in conjunction with the facts of the case; (b). In general, the decisions understand that the reservation of the possible cannot be opposed to the existential minimum, since it would imply violation of the dignity of the human person and ineffectiveness of the constitutional norms; (c). In general, the decisions understand that if the existential minimum is being violated, the action or omission of the Administration is not reasonable, therefore the request is reasonable; (d). ADPF 45 can be understood as a leading case, at least for the decisions of the STF and STJ, which are often cited in their decisions, but this is not frequent in lower courts; (e). The decision are consistent in granting the claim to the author of the action, especially in cases of violation of the right to health and the education of children; (f). The Judiciary understands that it is authorized to intervene in the case of unconstitutional acts or omissions of other Powers to implement or correct public policies; (g). Some legislative changes proposed by PL 8058/14 are not used in decisions since, in general, the facts surrounding the cause and the public policy are not discussed in detail, and certain decisions confer benefits in individual cases that go beyond existential minimum, which would justify the approval of the bill. In the end, the research concluded that the hypotheses were confirmed.

Keywords: Judicial control. Adjudication. Public policies. Existential minimum. Reservation of the possible. Reasonability. Jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Federal
AgRegRE	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
AGU	Advocacia-Geral da União
AI	Agravo de Instrumento
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Apel.	Apelação
Art.	artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
cf.	conforme
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
DJ	Diário de Justiça
EC	Emenda à Constituição
Emb. Dcl.	Embargos de Declaração
FD-USP	Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
HC	Habeas corpus
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
j.	julgado
LCP	Lei da Ação Civil Pública
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
MP-RS	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul
MP-SP	Ministério Público do Estado de São Paulo
MS	Mandado de Segurança
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página

PEC	Proposta de Emenda à Constituição
Pet.	Petição
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
PPA	Plano Plurianual
RE	Recurso Extraordinário
Recl.	Reclamação
Rel.	Relator
Rename	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
REsp	Recurso Especial
SL	Suspensão de Liminar
SS	Suspensão de Segurança
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
USP	Universidade de São Paulo
v.	ver
V.	volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....23

PROBLEMAS DE PESQUISA E JUSTIFICATIVA 23

HIPÓTESES 26

OBJETIVOS 27

SÍNTESE DOS CAPÍTULOS 27

1 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS.....29

1.1 HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO 31

1.2 PROBLEMAS DA INTERVENÇÃO 36

1.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INTERVENÇÃO 40

1.4 LIMITES DA INTERVENÇÃO 42

1.5 MÍNIMO EXISTENCIAL 43

1.6 RESERVA DO POSSÍVEL, EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E INGERÊNCIA JUDICIAL NAS CONTAS PÚBLICAS 48

1.7 RAZOABILIDADE 54

1.8 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS 60

1.8.1 Ações individuais 63

1.8.2 Ações coletivas.....65

1.8.2.1 Ações coletivas genéricas 66

1.8.2.2 Ações coletivas estratégicas.....67

1.8.3 Ações pseudoindivuais.....81

1.8.4 Ações pseudocoletivas 82

1.9 O PARADIGMA: ADPF-45 84

1.10 AS CONCLUSÕES DO CEBEPEJ 86

1.11 PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PROJETO DE LEI 8.058/14 88

1.12 PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 97

1.12.1 Distinção entre julgado, jurisprudência, precedente, súmulas e precedente vinculante.....98

1.12.2 Eficácia vinculante da jurisprudência no CPC/15 100

2 METODOLOGIA DE SELEÇÃO E ANÁLISE DOS JULGADOS.....107

2.1 JUSTIFICATIVA 107
2.2 RECORTES 111
2.3 VARIÁVEIS E APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS 115
3 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) 117
3.1 SELEÇÃO 117
3.2 ANÁLISE 118
3.2.1 Ações coletivas 118
3.2.1.1 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715 SP (2005) 118
3.2.1.2 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CE (2010) 124
3.2.1.3 Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 PE (2010) 135
3.2.1.4 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337 SP (2011) .. 136
3.2.1.5 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 AM (2013) 140
3.2.1.6 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667 CE (2013) 143
3.2.1.7 Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 PR (2014) 146
3.2.1.8 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727864 PR (2014) . 148
3.2.1.9 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745745 MG (2014) 150
3.2.2 Ação individual 151
3.2.2.1 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223 PE (2008) 151
3.3 CONCLUSÕES PARCIAIS 156
3.3.1 Saúde 158
3.3.2 Educação 168
3.3.3 Assistência judiciária 172
3.3.4 Previdência social: visão distinta 172
4 JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) 175
4.1 SELEÇÃO 175
4.2 ANÁLISE 175
4.2.1 Ações coletivas 175
4.2.1.1 Recurso Especial 575.998 MG (2004) 176
4.2.1.2 Recurso Especial 577.836 SC (2004) 179
4.2.1.3 Recurso Especial 718.203 SP (2005) 180
4.2.1.4 Recurso Especial 736.524 SP (2006) 181
4.2.1.5 Recurso Especial 1.041.197 (2009) 183
4.2.1.6 Agravo Regimental no Recurso Especial 1.136.549 RS (2010) 188
4.2.1.7 Recurso Especial 1.179.115 RS (2011) 189

4.2.1.8 Recurso Especial 1.068.731 RS (2011) 193
4.2.1.9 Agravo Regimental no Recurso Especial 1.107.511 RS (2013) 195
4.2.1.10 Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 38.966 SC (2014) . 196
4.2.2 Ações individuais *198*
4.2.2.1 Recurso Especial 1.488.639 SE (2014) 198
4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS 201
5 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJ-SP)..... 205
5.1 SELEÇÃO 205
5.2 ANÁLISE 206
5.2.1 5.2.1 Ações coletivas *206*
5.2.1.1 Apelação 0001463-85.2004.8.26.0244 (2013) 206
5.2.1.2 Apelação 0004177-43.2003.8.26.0053 (2013) 207
5.2.1.3 Apelação 0011484-33.2012.8.26.0053 (2013) 208
5.2.1.4 Apelação 0002396-84.2012.8.26.0274 (2014) 210
5.2.1.5 Apelação 9107026-26.2008.8.26.0000 (2014) 211
5.2.1.6 Apelação 0322596-90.2009.8.26.0000 (2014) 212
5.2.1.7 Apelação 0027822-19.2011.8.26.0344 (2014) 214
5.2.1.8 Apelação 0043012-21.2011.8.26.0506 (2014) 215
5.2.2 Ações individuais *216*
5.2.2.1 Apelação 0009720-57.2012.8.26.0038 (2013) 216
5.2.2.2 Apelação 0001897-29.2012.8.26.0136 (2014) 217
5.3 CONCLUSÕES PARCIAIS 218
6 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS)225
6.1 SELEÇÃO 225
6.2 ANÁLISE 226
6.2.1 Ações coletivas *226*
6.2.1.1 Apelação 0401457-07.2014.8.21.7000 (2014) 226
6.2.1.2 Agravo de instrumento 0006192-51.2014.8.21.7000 (2014) 228
6.2.1.3 Apelação 0073683-12.2013.8.21.7000 (2014) 230
6.2.1.4 Apelação 0056622-41.2013.8.21.7000 (2014) 231
6.2.1.5 Apelação 0126721-02.2014.8.21.7000 (2014) 233
6.2.2 Ações individuais *235*
6.2.2.1 Apelação 0409756-70.2014.8.21.7000 (2014) 235
6.2.2.2 Apelação 0384329-71.2014.8.21.7000 (2014) 237

6.2.2.3 Apelação 0393389-68.2014.8.21.7000 (2014).....238
6.2.2.4 Apelação 0193703-95.2014.8.21.7000 (2014).....239
6.2.2.5 Agravo de instrumento 0496742-61.2013.8.21.7000 (2014).....242
6.3 CONCLUSÕES PARCIAIS 244
CONCLUSÃO.....247
REFERÊNCIAS.....253

INTRODUÇÃO

O capítulo introdutório é composto pelos problemas de pesquisa, com a justificativa de sua relevância, as hipóteses, os objetivos da pesquisa, e, ao fim, a síntese dos capítulos.

PROBLEMAS DE PESQUISA E JUSTIFICATIVA

A pesquisa tem como objeto a análise da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) em relação ao controle judicial de políticas públicas, na expectativa de sistematizar os argumentos mais recorrentes dos juristas e dos magistrados nos referidos órgãos judicantes. Em especial, a dissertação busca identificar como é utilizada a tensão entre os critérios decorrentes dos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade.

Por meio do julgamento da ADPF 45 DF[1], da relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o trinômio mínimo existencial-reserva da possível-razoabilidade para pautar a intervenção do Judiciário nas políticas públicas de responsabilidade primária dos Poderes Executivo e Legislativo. A decisão definiu que:

> [...] A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-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, 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* [...]
> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração

[1] STF, j. 04.05.2004.

> - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a *razoabilidade* da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

A decisão, todavia, não foi confirmada por nenhum órgão colegiado. Suas razões foram proferidas em *obter dictum*, pois a ação foi extinta sem julgamento do mérito, e, por isso mesmo, ela não possui efeito vinculante. Mesmo assim, a ADPF 45 é considerada, por parcela da doutrina, o *leading case* do controle judicial de políticas públicas, servindo de precedente para as decisões posteriores.

Entretanto, pergunta-se: será mesmo? Em outras palavras, esse caso orienta, de fato, a interpretação judicial? Ou tal afirmação doutrinária é meramente especulativa? Após 11 anos daquele julgamento, é a análise que a pesquisa pretende fazer.

Não obstante a existência de críticas[2], o autor desta dissertação entende pela relevância dos conceitos articulados na decisão, que, por vezes, não são sequer mencionados nos julgados sobre o tema, especialmente nos juízos das instâncias inferiores. Noticia-se, inclusive, que Judiciário intervém para corrigir ou implementar direitos sociais sem se desincumbir do seu ônus argumentativo em relação às diretrizes mencionadas[3].

Diante da ocorrência de eventuais arbitrariedades e quebra da isonomia em diversos casos, a doutrina brasileira elevou esforços para estabelecer critérios que compatibilizassem a efetividade dos direitos constitucionais com as possibilidades financeiras e fáticas do Estado.

O quadro da escassez de recursos ainda se agrava em razão do período de crise que o Brasil vive. Em 2016, após o período de turbulência política que desaguou no *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff e na posse do novo presidente Michel Temer, foi proposta e aprovada emenda constitucional, que alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para limitar o crescimento das despesas do Estado brasileiro. Tratou-se da denominada PEC 241/16, aprovada como EC 95/2016, alvo de grande controvérsia na academia, na mídia, nos organismos políticos e na sociedade.

---

[2] Marco Sabino, por exemplo, discorre sobre os prejuízos da "argumentação linear" utilizada na ADPF 45, que desconsidera a complexidade da adjudicação de bens públicos, cf. SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas Públicas, Judiciário e saúde*: limites, excessos e remédios. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 162. No capítulo 1, essas questões serão aprofundadas.

[3] Exemplo da reportagem da revista Época, de 16.03.2012: "O paciente de R$ 800 mil. A história do rapaz que recebe do SUS o tratamento mais caro do mundo revela um dos maiores desafios do Brasil: resolver o conflito entre o direito individual e o direito coletivo à saúde. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>

Já no âmbito processual, o Projeto de Lei nº 8.058/14, em trâmite na Câmara dos Deputados, visa estabelecer um procedimento especial para o controle judicial de políticas públicas, com regras e princípios para a atuação jurisdicional. A ideia é trazer parâmetros de julgamento, com a observância dos critérios de proporcionalidade, razoabilidade, garantia do mínimo existencial, da justiça social e do atendimento ao bem comum, bem como da universalidade das políticas públicas e do equilíbrio orçamentário.

O PL também prescreve regras sobre a possibilidade ou não da concessão da tutela a depender da existência do mínimo existencial, da razoabilidade do pedido e da irrazoabilidade da conduta da Administração; e impõe a necessidade de diálogo com o gestor da política pública, com a finalidade de conferir transparência acerca da viabilidade financeira e fática do Estado.

Diante da atualidade e relevância do tema, a pesquisa deparou-se com alguns problemas passíveis de investigação:

a) Como as decisões dos tribunais estudados lidam com o dilema entre a escassez de recursos e a eficácia dos direitos fundamentais sociais?
b) As decisões utilizam-se dos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade?
c) Se sim, como esses conceitos são aplicados? Nos termos da ADPF 45 ou de outra forma? Essa decisão é, de fato, um precedente?
d) Quais as consequências da aplicação desses conceitos nos julgados? Eles acarretam na procedência ou improcedência da ação?
e) Nas decisões analisadas, como o Judiciário vê-se seu próprio papel no controle e implementação das políticas públicas? A tendência é de autocontenção judicial ou de intervenção?
f) A decisões são coesas entre si ou divergentes na fundamentação?
g) O conteúdo das decisões aproxima-se ou afasta-se do conteúdo do PL 8.058/14? A aprovação do Projeto é conveniente?

Espera-se que a busca por essas respostas possa contribuir com o aprofundamento da matéria, dentro do escopo proposto.

HIPÓTESES

Da leitura exploratória das obras e julgados, as hipóteses[4] do trabalho foram as seguintes:

a) As decisões dos tribunais estudados, por vezes, utilizam-se dos critérios de racionalização do controle judicial trazidos pela doutrina e pela ADPF 45, todavia esses conceitos jurídicos indeterminados não são devidamente fundamentados, especialmente em conjunto com os fatos concretos da causa;
b) Em geral, as decisões entendem que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, pois acarretaria na violação da dignidade da pessoa humana e na ineficácia das normas constitucionais;
c) Em geral, as decisões entendem que se o mínimo existencial está sendo violado, a ação ou omissão da Administração é irrazoável, logo o pedido é razoável;
d) A ADPF 45 pode ser entendida como *leading case,* ao menos para as decisões do STF e do STJ, que costumam citá-la em suas decisões, contudo isso não acontece com tanta frequência nos tribunais inferiores;
e) A jurisprudência é coesa para conferir o pedido ao autor da ação, especialmente em caso de violação do direito à saúde e à educação infantil;
f) O Judiciário entende que está autorizado a intervir no caso de ações ou omissões inconstitucionais dos demais poderes para implementar ou corrigir políticas públicas;
g) Certas alterações legislativas propostas pelo PL 8.058/14 não são utilizadas nas decisões, pois, em geral, os fatos que envolvem a causa e a situação da política pública não são exaustivamente debatidos, e certas decisões concedem prestações em processos individuais que extrapolam o mínimo existencial, o que justificaria a aprovação do Projeto de Lei;

Por meio da metodologia adotada, buscou-se verificar se tais hipóteses podem ser confirmadas ou se serão refutadas. Os resultados serão apresentados ao longo do trabalho e nas conclusões.

---

[4] Afirmativa, potencialmente verificável, que pode ser a solução do problema inicialmente apresentado pela pesquisa, cf. GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 31-39.

OBJETIVOS

Diante da problematização, a pesquisa tem como objetivos:

a) Oferecer certa sistematização teórica sobre os conceitos abordados;
b) Analisar se e como os conceitos são utilizados nas decisões
c) Investigar se a ADPF 45 é de fato um *leading case* na judicialização de políticas públicas, considerando sua citação em decisões posteriores;
d) Apurar como o Judiciário interpreta seu próprio papel na promoção das políticas públicas e no dilema entre a escassez de recursos e a eficácia dos direitos fundamentais sociais;
e) Averiguar se se a análise das decisões indica se a aprovação do PL 8058/14 é relevante;

SÍNTESE DOS CAPÍTULOS

Com o levantamento das obras teóricas necessárias à contextualização do tema, no Capítulo 1, propõe-se sistematizar alguns assuntos, como as hipóteses autorizativas e os problemas da intervenção judicial nas políticas públicas; seus limites, baseados no mínimo existencial, na reserva do possível e na razoabilidade; os instrumentos processuais utilizados (ações coletivas, com a análise dos processos estruturais, ações individuais, pseudocoletivas e pseudoindividuais). O julgamento da ADPF 45, as conclusões do seminário do CEBEPEJ em relação ao tema e o PL 8.058/2014 também serão investigados. Por fim, considerando a relevância do estudo da jurisprudência, a teoria dos precedentes será brevemente analisada, observando-se as alterações trazidas pelo CPC/15.

Estabelecido o contexto do objeto de pesquisa, parte-se à seleção dos julgados considerados relevantes para a análise da posição dos tribunais. O Capítulo 2 explica a metodologia adotada.

Nos capítulos 3, 4, 5 e 6 serão relatados e analisados julgados do STF, STJ, TJ-SP e TJ-RS, respectivamente, com a exclusão daqueles que não interessam à pesquisa. Por meio das variáveis escolhidas, buscou-se extrair dessas decisões informações conclusivas da aplicação da tensão entre o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade.

O autor já ressalta que não se tem a pretensão, com os dados encontrados, de generalizar apressadamente o comportamento decisório desses tribunais. Para isso, em um

cenário ideal, seria necessária a análise de todos os julgados referentes à matéria. Entretanto, é notória a impossibilidade de se concluir com rigor uma pesquisa dessa magnitude individualmente no âmbito do programa de pós-graduação. O que se almeja é a proposição de uma amostra que seja suficiente, em termos de relevância, para se analisar posições jurisprudenciais significativas dos tribunais selecionados.

O capítulo final traz as conclusões do trabalho, com um resumo das contribuições que se esperou alcançar.

Por fim, duas breves considerações metodológicas.

A forma de citação dos textos consultados inspira-se na ABNT[5], mas não se restringe a ela, justamente pela intenção de facilitar a leitura no âmbito da ciência jurídica. Entende-se que o sistema autor-data é insuficiente para devida compreensão nesse tipo de trabalho. Dito isso, ressalta-se que a primeira citação da obra é sempre completa. As posteriores trazem apenas o sobrenome do autor, o início do título, o ano de publicação e a página da passagem, quando o caso.

Quando possível também, o trabalho busca trazer as obras mais atualizadas dos autores, mencionando ainda o ano da primeira publicação. No caso de autores falecidos, também se procurou destacar o ano de nascimento e de morte deles, para que o leitor possa visualizar a cronologia dos textos.

[5] Disponível em:
<http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_content&view=article&id=52&Itemid=67>

1 CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS

O Capítulo 1 não tem a pretensão de exaurir o tema do controle judicial de políticas públicas, mesmo porque é inesgotável. Muito já se escreveu e continua sendo escrito sobre assunto tão palpitante. O que se almeja aqui é oferecer ao leitor um referencial sobre os mais essenciais aspectos da matéria, de acordo com os objetivos da pesquisa, e demonstrar em que momento se encontra a discussão das controvérsias.

Procurou-se não adentrar em tópicos que, muito embora relevantes, são pressupostos dos tópicos seguintes ou já foram bem explorados pela doutrina nacional[6]. Com exemplo, a constitucionalização dos direitos sociais[7], a instrumentalização das políticas públicas para se alcançar os objetivos da República[8], a evolução da separação dos poderes no Estado Democrático de Direito[9] e a aplicabilidade imediata (ou não) das normas constitucionais[10]. Outros assuntos pertinentes de natureza processual[11], como a coletivização das demandas, o experimentalismo, a gerência da execução[12] e a solidariedade passiva dos entes públicos[13], em que pese sua relevância, também não serão esgotados neste trabalho.

---

[6] Sobre as definições e histórico da doutrina jurídica, v. SGARBI, Adrian. *Introdução à teoria do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 299-302.

[7] V. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Judiciário e as políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais:* fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; SANTOS, Clinton Guimarães dos. *Tutela jurisdicional aos direitos sociais.* Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

[8] V. GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas* (2011). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150.

[9] V. SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle*..., 2013; e ZANETTI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle*..., 2013; CALIMAN, Pedro Augusto. *O Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais:* implicações à separação de poderes. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

[10] V. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 35-44, jun. 1988.

[11] V. COSTA, Susana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas - Relatório Nacional (Brasil). *Civil Procedure Review*, 2013.

[12] V. SABINO, *Políticas*..., 2014; SOUZA, Fernando Garcia. *Judicialização de direitos sociais*: o Judiciário como articulador interinstitucional no cumprimento de sentenças coletivas. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016; LIMA, Felipe Bragantini de. *Execução judicial de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

[13] BURGO, Vitor. *O impacto do federalismo fiscal no processo de controle jurisdicional de políticas públicas*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Primeiro, arrisca-se justificar o título desta dissertação. Judicialização significa que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo, ou suas contrapartes estaduais e municipais. Segundo Barroso, a judicialização envolve a transferência do poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade[14].

O fenômeno teria múltiplas causas. A primeira seria a redemocratização do Brasil com a Constituição de 1988. Com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um "departamento técnico-especializado" do Estado e transformou-se em verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. Trata-se do fenômeno conhecido como ativismo judicial[15].

O ambiente democrático também reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante o Judiciário. No mesmo contexto, houve a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da sua relevância fora da área penal, bem como da Defensoria Pública[16].

A segunda causa deu-se pela constitucionalização abrangente de matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária[17]. Para Barroso, a Carta brasileira é analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador. Ocorre que constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. A questão é transformada em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Dessa forma, se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou *políticas públicas* praticadas nessas áreas[18].

---

[14] Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *(Syn)Thesis* (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

[15] Sobre o tema, v. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

[16] BARROSO, *Judicialização*..., 2012.

[17] Sobre o fenômeno do neoconstitucionalismo, v. BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 82-103, abril/ junho 2005; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; FRANCISCO, José Carlos (Org.). *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional:* do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012; GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012; NOJIRI, Sérgio. *Neoconstitucionalismo versus democracia*: um olhar positivista. Curitiba, Juruá, 2012.

[18] BARROSO, *Judicialização*..., 2012.

A terceira causa decorreria do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano (incidental e difuso) e europeu (concentrado). Nesse cenário, continua Barroso, as mais diversas questões políticas ou moralmente relevantes podem ser colocadas diante do STF. A judicialização, assim, não decorreria de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do Judiciário brasileiro. Ele se limita a cumprir seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente[19].

Esclarecido o conceito de "judicialização de políticas públicas", disserta-se sobre as hipóteses em que o Judiciário é autorizado a intervir.

1.1 HIPÓTESES DE INTERVENÇÃO

As críticas à intervenção do Judiciário nas políticas públicas são constantes[20]. Basicamente, são três as frentes em que os argumentos se desenrolam.

Aa *crítica neo-institucional* sustenta que como o Judiciário seria um importante instrumento garantidor de previsibilidade e de direitos de propriedade, o ativismo judicial imporia um aumento aos custos de transação, que afastaria investimentos e dificultaria o desenvolvimento econômico. Essa vertente defende a necessidade de ponderação pelo juiz das consequências econômicas das suas decisões, com os respectivos dilemas a respeito da alocação de recursos escassos. A crítica é rebatida no sentido de que o critério de eficiência econômica defendido ignoraria as injustiças existentes no ponto de partida das relações entre os agentes. Seria também impossível conceber um método adequado que o juiz realmente ponderasse todas as consequências de sua decisão.

Outra crítica questiona a *legitimidade democrática* do Judiciário, cujos membros não são eleitos pelo voto popular, para atuar ativamente no controle e implementação de políticas públicas. A indicação pelo Judiciário de medidas específicas a serem adotadas pelo Executivo contrariaria o princípio da separação de poderes[21], pois deveriam ter tomadas pelo processo político. A crítica é rebatida no sentido que a atuação judicial seria democraticamente legítima por impedir a inércia dos demais poderes em concretizar as garantias constitucionais. O Judiciário forneceria também um canal institucional de vocalização dos interesses das minorias, geralmente excluídas do processo político.

---

[19] BARROSO, *Judicialização*..., 2012.
[20] V. SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 139-143.
[21] CF, art. 2º: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A terceira crítica trata da ausência de *capacidade institucional* do Judiciário para lidar com questões distributivas envolvidas nas políticas públicas, pois esse Poder foi institucionalmente criado com vistas à resolução de conflitos privados bilaterais. A judicialização dos direitos sociais, por outro lado, passou a impor aos juízes o dever de decidir sobre questões com as quais não estavam habituados, com impactos que extrapolam as partes envolvidas no litígio.

Apesar dos ataques, a intervenção judicial é uma realidade que decorre do modelo institucional presidencialista adotado no Brasil[22], e como dito, do vasto rol de direitos previstos na Constituição Federal de 88[23], dos instrumentos para sua tutela coletiva e individual, além do ativismo judicial que limita o argumento discricionário[24] do Executivo e do Legislativo. A doutrina já concluiu que não há, *a priori*, exclusão de nenhum poder do Estado quanto ao compromisso de promover e efetivar as políticas públicas, pois a Constituição Federal direciona e regula a atuação do Estado em sua totalidade[25].

É fato que mesmo na concepção atual da harmonização dos poderes, há divisão de atribuições distintas dentro do aparato estatal.[26] Também é notório que a elaboração dos planos de governo, que conduzem as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar a cargo do Executivo, que se baseia no normativo produzido pelo Legislativo.

O problema alegado pela doutrina é que as possibilidades de escolha atribuídas ao Executivo nestes momentos são amplas e pequeno é o número de situações nas quais os investimentos têm finalidade vinculada, como ocorre com a educação e saúde[27]. Além disso, mesmo nas hipóteses de vinculação de um percentual mínimo dos recursos, também não é incomum se verificar a desatenção a esse percentual[28].

---

[22] Cf. SADEK, *Judiciário*..., 2013.

[23] Os *litígios de interesse público*, em verdade, ocorrem desde a década de 50 do século passado no direito norte-americano. Amplamente conhecido é o emblemático caso "*Brown vs. Board Education of Topeka*", conduzido pela Corte Warren, juntamente com outros precedentes que permitiram o desenvolvimento da doutrina. Mauro Cappelletti (1927-2004) foi o grande propulsor dessas ideias, em 1976. No Brasil, mostrando as transformações apontadas por Abram Chayes (1922-2000), manifestou-se Fábio Konder Comparato sobre as características da chamada *public law litigation*.

[24] Sobre o tema, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional* (1993). 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

[25] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo.* São Paulo, Atlas, 2007, p. 47. Cf. ainda, CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Outros limites ao controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle*..., 2013.

[26] ZANETTI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle*..., 2013.

[27] DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas:* um Olhar Garantista da Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Curitiba: Juruá, 2007.

[28] Cf. SADEK, *Judiciário*..., 2013, p. 27.

E é assim que omissões arbitrárias da Administração na realização dos direitos sociais são dilemas corriqueiros no país, o que enseja a legitimação da intervenção judicial para coibir o desajuste na escolha de prioridades orçamentárias adotadas pelo governo.

Superadas as críticas mencionadas, é necessário delinear as hipóteses de intervenção do Judiciário para realização de determinada política pública quando ele é provocado a agir. Pela doutrina, não há decisão, seja proferida pelo Executivo, seja aprovada pelo Legislativo, que não seja passível de apreciação judicial[29].

Mesmo o ato que goze de margem de conveniência e oportunidade própria da Administração, o *ato discricionário*, pode ser objeto de análise judicial. Historicamente, o próprio Judiciário entendeu não ser possível adentrar no mérito administrativo[30]. Portanto, desde 1965, quando a Lei da Ação Popular[31] (4.717/65) estabeleceu como objeto daquele instrumento a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, ou que sofresse de inexistência de motivos, ou de desvio de finalidade[32], autorizou-se, por consequência, a avaliação judicial do conteúdo do ato administrativo em seus mais discricionários elementos[33], por isso é adequada a expressão "controle (ou intervenção) judicial (ou jurisdicional) de políticas públicas".

A intervenção dá-se pelo controle, pois ao sanar a inconstitucionalidade ou ilegalidade, a decisão judicial controla as atuações dos demais poderes, mas sabe-se que não é porque o Judiciário é provocado, que está autorizado a agir. Aliás, a intervenção judicial não é regra (ou ao menos não deveria ser), mas sim exceção. Só caberia ao Judiciário intervir quando houver falha dos outros poderes, a quem cumpre prioritariamente a elaboração e execução das políticas públicas. Em outras palavras, a intervenção judicial só estaria autorizada na ilegítima atuação ou omissão estatal.

Na busca do reconhecimento concreto dos direitos sociais, por vezes, as decisões judiciais exageram na intervenção, como se verá em tópicos seguintes, desvinculando-se de uma análise da real situação fática, principalmente quando se trata do direito à saúde[34].

---

[29] No sentido do direito de ação, e não do direito de concessão da tutela judicial.
[30] GRINOVER, *O controle*.., 2013, p. 126.
[31] V. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. Ação popular como instrumento de proteção do patrimônio cultural. In: FRANCISCO, José Carlos; MESSA, Ana Flávia. (Org.). *Ação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 224-235.
[32] Art. 2º, "d" e "e" da Lei da Ação Popular.
[33] GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 127.
[34] V. SABINO, *Saúde & Judiciário*..., 2016.

De toda forma, os dois principais vícios do Executivo e do Legislativo no exercício de sua discricionariedade[35] revelam-se na:

a) arbitrariedade por *ação*, situação em que o agente público ultrapassa os limites impostos à competência discricionária, optando por solução sem lastro em regra válida ou desviando-se da finalidade constitucional ou legal;
b) arbitrariedade por *omissão*, hipótese em que o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce de forma insuficiente.

Na segunda modalidade, tão patológica quanto a primeira, o não comportamento do agente estatal traduz-se em descumprimento de diligências impositivas[36].

Em ambas as situações, o controle pelo Judiciário está autorizado. Assim, o mérito da escolha legislativa ou administrativa pode até permanecer "não controlável", sem substituição pela decisão judicial, portanto, o *demérito* pelo excesso arbitrário ou omissão antijurídica poderá (e deverá) ser controlável[37].

Na hipótese de *ação* arbitrária, ou da discricionariedade excessiva, o agente comete ato que não se coaduna com a finalidade da lei e com os ditames da Constituição[38]. Não há maiores dificuldades em se reconhecer a possibilidade de controle para declarar a inconstitucionalidade do ato e sua nulidade, pois a própria CF/88 prevê os mecanismos de sindicabilidade dessas situações[39].

Todavia, há limites para a intervenção; o primeiro diz respeito sobre a função de controle que não deve substituir o processo de decisão política e, sim, ser subsidiária e pautada nas hipóteses de falha dos outros poderes.

Destaca-se que o demérito administrativo não inclui apenas a ação ou omissão estatal, mas também a *atividade procedimental* para a implementação das políticas públicas. É válido ressaltar que a adequação da política às diretrizes orçamentárias, aos princípios

---

[35] V. DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle...*, 2013; ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial:* o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[36] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais* (1999). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 372.

[37] FREITAS, Juarez. *O controle...*, 2013, p. 372.

[38] A discricionariedade é uma opção legislativa, diante da impossibilidade de se regular previamente todas as formas de atuação do administrador. Todavia, entende-se que sua margem discricionária não autoriza decidir ineficientemente ou em desatendimento do interesse público, sob pena da Administração incorrer em arbitrariedade.

[39] Ação direta de inconstitucionalidade por ação (ADI) ou ação por descumprimento de preceito fundamental (ADPF), subsidiariamente.

constitucionais ou ao exame das prioridades também poderá ser objeto de controle[40], embora seja o administrador quem melhor deveria conhecer a realidade da gestão do ente público. Sua discricionariedade não pode se tornar um cheque em branco no desenvolvimento das políticas[41].

As situações de *omissão* arbitrária, sobretudo cometidas pelo Executivo, são as que tendem ser mais problemáticas, pois geralmente as tarefas constitucionais são fixadas por normas programáticas, com abertura semântica e, consequentemente, dificuldade de implementação. A maior ocorrência de omissões arbitrárias dá-se no campo das políticas públicas de caráter social, que demandam deveres prestacionais pelo Poder Público, com impacto mais expressivo no erário[42].

É nessa realidade que se tornou presente a atuação do Judiciário para garantia dos direitos sociais, muitas vezes regulamentados por lei (atribuindo-se uma política pública), mas não efetivados concretamente. Nessas hipóteses, a margem de discricionariedade do administrador seria muito diminuta, com sua omissão passível de responsabilização[43].

Nesse contexto, a possibilidade de controle judicial é discussão ultrapassada. O relevante é definir sua extensão. São perguntas que se impõem:

a) diante dos custos dos direitos sociais e das restrições orçamentárias[44], até que ponto o Estado está obrigado a garanti-los?
b) diante da constitucionalização dos direitos sociais, seriam eles imediatamente exigíveis e em sua máxima extensão?

---

[40] Em sentido contrário, BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31. Para a autora, o art. 5º, XXXV, da CF, apenas autoriza a intervenção nas políticas públicas na medida em que elas expressem *direitos.* Não seria possível o controle da qualidade dos caminhos tomados pelo governo.

[41] DANIEL, *O mínimo existencial*..., 2014, p. 77.

[42] Convém ressaltar a inadequação em diferenciar as liberdades públicas e os direitos sociais pela *abstenção* e *atuação*, respectivamente, do Estado, para sua realização. Ambos custam dinheiro para o Estado, pois as liberdades públicas implicam na criação e manutenção de instituições para sua garantia (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 23). Não se pode negar, entretanto, que os direitos sociais custam *mais* dinheiro, pela própria essência da prestação do serviço (SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591-592).

[43] FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas*: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. Max Limonad, 2000, p. 95.

[44] Denominada *lógica do cobertor curto*, discutida por Sabino em *Políticas*..., 2014.

Se, por um lado, os direitos sociais são indispensáveis para a consecução dos objetivos da República[45], por outro lado, o orçamento é restrito e não se multiplica. O que é destinado a um setor estatal não será em outro. Daí a necessidade de definição de prioridades, que recaem, por sua própria natureza, no Legislativo e Executivo. Questiona-se, portanto, em que medida o Judiciário é autorizado a intervir para a realocação de recursos e realização de políticas.

A restrição orçamentária entra, então, na discussão. Dá-se a polarização entre a necessidade de efetivação dos direitos sociais e a "reserva do possível", limite usualmente invocado pela Administração para tentar afastar o controle judicial. Se, por um lado, o dever do administrador de efetivar direitos previstos é vinculado, por outro, o Poder Público não tem condições de resolver a totalidade das mazelas sociais por meio da prestação das políticas públicas.

Saber quais são as omissões arbitrárias que autorizam a intervenção judicial não é questão de fácil resposta. Diversas soluções já foram propostas. No extremo, os direitos sociais devem ser sempre garantidos, tornando-se irrelevante a alegação de ausência de recursos. No outro, o Judiciário não poderia conceder tais direitos, de modo que a escolha das prioridades seja exclusiva do administrador.

Esta dissertação filia-se a uma solução mais equilibrada, a partir da imposição de *limites*, tanto para evitar a intervenção excessiva do Judiciário quanto para impedir que o jurisdicionado fique à mercê da vontade dos outros poderes. Resta saber a forma e o momento em que esses limites devem ser impostos, analisados nos tópicos 1.4, 1.5, 1.6 e 1.7.

Ocorre que, mesmo agindo residualmente, o Judiciário pode assumir papel preponderante na distribuição das políticas públicas, o que gera problemas, como se verá a seguir.

1.2 PROBLEMAS DA INTERVENÇÃO

A judicialização das políticas públicas não traz problemas jurídicos apenas no plano teórico, valorativo. Decisões judiciais que visam efetivar políticas públicas obrigam o Estado

[45] CF/88, art. 3º: constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; d) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

a gastar em rubricas que não foram planejadas e forçam a realocação de recursos, tirando-se de certa despesa para cobrir os efeitos da criação de outra. Isso pode causar o desarranjo das contas públicas[46], tendo em vista que Constituição proíbe o aumento de despesa em desacordo com o Plano Plurianual[47]. Assim, como harmonizar tal vedação com a existência de liminares que impõem tratamentos de saúde em milhares de reais?

Para demonstrar como decisões judiciais podem impactar o orçamento, Sabino expõe alguns dados, em especial sobre as políticas públicas de saúde[48].

A Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, por exemplo, criou sistema de cadastramento eletrônico das ações que pleiteiam medidas custeadas pelo dinheiro público cabível no orçamento, justificado pelo

> [...] volume crescente de demandas que vem gerando problemas para o sistema de saúde como um todo, pois, além de comprometer o orçamento para a saúde, a interferência do Judiciário afeta as políticas públicas de saúde planejadas pelo Poder Executivo[49].

Em 2010, o Sistema de Controle Jurídico registrou despesa anual de processos judiciais no valor de R$ 512.550.717,62. É mais do que Estado gastou no ano para tratamentos ambulatoriais em oncologia (R$ 362.939.103,99), nefrologia (R$ 366.004.125,12) e internações para transplantes de órgãos (R$ 113.141.038,06)[50].

Em São Paulo, ainda, as intervenções judiciais motivaram o encontro entre o Governador do Estado e o Presidente do TJSP para debater a respeito do tema, motivado pelas decisões que concediam o medicamento *Eculizumab*, nome comercial do *Soliris*, que

---

[46] Sobre o tema do impacto orçamentário de decisões judiciais, v. BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otávio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: uma aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (2008). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 217-263.

[47] Art. 167, §1º, CF: Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

[48] SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 81-82.

[49] CHIEFFI, Ana Luiza; CORREA, Maria Cecília Filho; FILHO, Michel Naffah. S-Codes: um novo sistema de informação sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *Boletim BEPA*, v. 7, n. 84, p. 18, 2010.

[50] CHIEFFI; CORREA; FILHO. S-Codes..., p. 26-27.

custa ao erário R$ 800.000,00 por ano por paciente[51]. A Secretaria de Saúde calculou que essas despesas poderiam construir um hospital por mês[52].

Em Minas Gerais, o orçamento conta com uma rubrica específica destinada as sentenças judiciais. Em 2010, totalizou 1,35% de toda despesa com a saúde[53]. É certo que diante da escassez de recursos e rigor orçamentário, as receitas previstas para aplicação em políticas públicas deverão ser movimentadas, mas Castro encontrou diminuição dos recursos aplicados em programas de saúde em comparação com 2009, mesmo que o orçamento geral tenha sido incrementado em 10,82%. Sua hipótese é que um único medicamento (*Infliximab*[54]*)* foi responsável por consumir 6,86% dos recursos para cumprir decisões judiciais.

O Ministério da Saúde relatou que o valor gasto por Municípios, Estados e União com a judicialização, em 2015, foi de R$ 5 bilhões. Em 2016, o valor previsto foi de R$ 7 bilhões[55].

De acordo com Scaff, as realocações forçadas são efeitos das sentenças aditivas. Diante de despesa inesperada, o Executivo é forçado a deslocar verbas originalmente destinadas para cobrir outros gastos, ligados a prestações diversas, mas igualmente debitáveis ao Estado. Dessa maneira, pessoas que seriam contempladas pelas políticas públicas já programadas acabam sendo prejudicadas em desfavor daquele que conseguiu ultrapassar os obstáculos do acesso à justiça[56].

---

[51] O medicamento *Soliris* não cura a doença hemoglobinúria paroxísticas noturna (HPN), mas diminui a degradação de glóbulos vermelhos, amenizando os sintomas. O paciente consegue ter vida normal, mas ao custo de tomar a medicação pelo resto da vida. O SUS dispõe de terapia alternativa, o transplante de medula óssea, que é apto a resolver o problema, todavia ao custo de morbidade considerável (32% dos pacientes). No Município de Fortaleza, as condenações para fornecimento do medicamento comprometeram 67% dos valores repassados pelo Estado do Ceará para a compra de outros fármacos. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>

[52] Sobre outros problemas na judicialização da saúde, v. RUBIM, Thiago Freitas; BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. In: SANTOS, Lenir; TARRAZAS Fernanda (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 331-365.

[53] CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos. *Impacto deslocativo no orçamento estadual em face de decisões judiciais*. IV Prêmio SOF de Monogradias. Belo Horizonte, 2010, p. 40-43.

[54] Infliximabe é uma droga biológica para tratar algumas doenças autoimunes como artrite reumatoide, espondilite anquilosante, psoríase, doenças inflamatórias intestinais(colite ulcerativa e doença de Crohn).

[55] Reportagem de 24.09.2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1816469-decisao-do-stf-sobre-fornecimento-de-remedios-guiara-acoes-pelo-pais.shtml>.

[56] Marco Sabino refere-se ao fato de que apenas pequena parte da população tem conhecimento, disposição e recursos suficientes para pleitear judicialmente direitos contra o Estado, o que causaria uma distorção entre o planejado pela Administração e quem é efetivamente beneficiado (SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 83).

Outra questão é que as decisões judiciais que impõem ônus não previstos ao orçamento contrariam sua própria natureza e forma universal, pois o orçamento público contempla grupos de pessoas da forma mais genérica possível. O problema é que as decisões judiciais, principalmente as individualizadas, privilegiam apenas alguns grupos, precisamente aqueles que ultrapassam as barreiras colocadas pelo processo.

Sabino preocupa-se com a tendência de o juiz decidir em bases puramente jurídicas e lineares[57]. O raciocínio meramente jurídico impediria o julgador de analisar os impactos econômicos e financeiros da decisão, ainda que os pedidos sejam individuais. O pensamento linear, por sua vez, autorizaria o magistrado a decidir da seguinte maneira, por exemplo, no caso da educação infantil:

> O jurisdicionado tem direito à vaga em uma creche, como previsto na Constituição; seu 11filho, entretanto, não está inscrito, por culpa da Administração, que não seguiu a norma constitucional; como magistrado, devo assegurar direitos, portanto, condenarei o Poder Público a aceitar compulsoriamente o filho do jurisdicionado em suas creches.

Para o autor, os pensamentos jurídico e linear retroalimentam-se, pois são indissociáveis. É papel do juiz refletir sobre os efeitos da decisão para além da causa posta.

Como se vê, os problemas da judicialização são reais. Em suma, geram três tipos de desordem:

a) *desorganização administrativa*, diante a necessidade de desviar recursos (orçamentários, materiais e humanos) para o cumprimento das ordens;

b) *ineficiência alocativa*, pois os bens são adquiridos em pequena escala para atender às decisões;

c) estímulo à *seletividade*, já que as prestações beneficiam apenas o universo restrito de potenciais litigantes. No caso da saúde, tratando-se de doenças complexas e de diagnóstico difícil, não é incomum que o público típico das decisões judiciais seja diferente daquele que lota as emergências dos hospitais públicos em busca do atendimento básico.

Como se vê, os problemas da judicialização são práticos, afetam os orçamentos dos outros entes públicos e o cotidiano da sociedade, mas a judicialização das políticas públicas não traz apenas problemas. Como em outros fenômenos jurídicos, ele tem vantagens e desvantagens que se demonstram no tópico seguinte.

---

[57] SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 83-84.

1.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INTERVENÇÃO

Depois da exposição das hipóteses de intervenção e dos problemas do Judiciário como arena de debate de políticas públicas, afirma-se que ele não é o melhor, mas é um dos ambientes de decisão. Como outros, possui vantagens e desvantagens, uma vez que não existe agente perfeito para resolver a questão[58]. Busca-se expô-las no quadro a seguir[59]. Além dos Poderes da República, o Mercado e a Sociedade Civil também serão analisados.

LEGISLATIVO
Vantagens: a) habituado a definir, em primeiro plano, as políticas públicas; b) elabora as leis orçamentárias, por isso tem ciência de suas dificuldades; c) consulta sua base de apoio eleitoral para destinação de emendas ao orçamento; d) presente no cotidiano da população, em escala federativa; e) tem o viés político necessário para o exercício de escolhas; f) foro de debate dos interesses de seus representados.
Desvantagens: a) sujeito a grupos articulados de pressão; b) decide de acordo com suas preferências pessoais ou visando à reeleição, ou visando, ainda, o aumento de poder; c) na prática, não toma decisões que revertam na entrega de bens sociais; d) no modelo institucional brasileiro, submete-se ao Executivo, perdendo pouco a pouco seu poder; e) prejudica a efetiva participação de seus representados no processo democrático.
EXECUTIVO
Vantagens: a) responsável institucional por efetivar as políticas públicas; b) define a proposta dos orçamentos públicos, elegendo prioridades; c) formado por gestores e administradores, que planejam e programam as políticas públicas; d) considera a variedade de questões a serem arranjadas no desenho de políticas públicas; e) tem estrutura desconcentrada e descentralizada de atuação, capilarizando as decisões e seu controle; f) estabelece mecanismos de diálogo com a sociedade.
Desvantagens: a) como o Legislativo, está submetido a grupos de pressão e as decisões motivadas pelo desejo de perpetuação ou aumento de poder, ou ainda, interesse pessoal; b) elabora planos e programas que não são executados integralmente na prática; c) alternância

[58] Cf. BADIN, Arthur. *Controle judicial das políticas públicas*: contribuição ao estudo do estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

[59] Cf. SABINO, *Saúde e Judiciário*..., p. 148-150.

de poder faz com que muitos programas de média e longa duração sejam abandonados, quando não revertidos na nova gestão; d) a estrutura hierárquica é pouco conhecida e intricada, de forma que não se sabe, ao certo, a quem pedir e pressionar pela revisão das decisões; e) ausência de rotinas, práticas e procedimentos.
JUDICIÁRIO
Vantagens: a) age de forma contramajoritária, baseando-se na Constituição e na lei; b) responsável institucional por corrigir falhas nos processos políticos tradicionais; c) seus membros possuem garantias visando a necessária imparcialidade; d) não se submete às ingerências de ordem política, grupos de pressão e interesse pessoal no mesmo grau dos demais Poderes; e) atua pelo processo legal, do qual não pode se desviar; f) possui instâncias bem definidas de revisão de decisões, g) suas decisões devem ser necessariamente motivadas e publicadas.
Desvantagens: a) decisões emanadas com fundamento na técnica jurídica, sem levar em conta outras variáveis extraprocessuais; b) magistrados não são habituados à complexidade do orçamento público; c) juízes não estariam preparados para estabelecer, fiscalizar e avaliar a implementação de políticas públicas; d) o processo judicial ainda não seria entendido como distributivo, dificultando uma decisão que extrapole os limites do colocado pelas partes; e) processo judicial pode dificultar a atuação da sociedade civil, que contribuiria para o debate; f) dogmas do processo com a adstrição[60] e o princípio dispositivo[61] podem ser prejudiciais.
MERCADO
Vantagens: a) emana decisões mais rápidas; b) atua buscando a máxima eficiência, descartando rapidamente medidas ineficientes; c) toma decisões com base econômica e utilitarista[62]; d) responde imediatamente às intervenções do Poder Público.
Desvantagens: a) não está preparado para lidar com questões difusas e indivisíveis, que independem de fundamentação à base de trocas b) exclusivamente ligado ao aspecto econômico das questões, desprezando a proteção de direitos a não ser que revertam em

[60] Princípio da congruência ou adstrição refere-se à necessidade de odo magistrado decidir a lide dentro dos limites objetivados pelas partes, não podendo proferir sentença de forma *extra, ultra* ou *infra petita*.

[61] O processo civil brasileiro é norteado pelo princípio dispositivo, segundo o qual o juiz, mantendo-se equidistante, aguarda a iniciativa das partes no que se refere à afirmação dos fatos constitutivos de seu direito e a respectiva produção de provas. Vale dizer, o juiz depende das partes no que concerne à afirmação e à prova dos fatos em que os mesmos se fundam.

[62] Utilitarismo é uma doutrina ética defendida principalmente por Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) que afirma que as ações são boas quando tendem a promover a felicidade e más quando tendem a promover o oposto da felicidade. Filosoficamente, pode-se resumir a doutrina pela máxima: “Agir sempre de forma a produzir a maior quantidade de bem-estar” (princípio do bem-estar máximo).

ganhos financeiros; c) incapaz de se autorregular inteiramente, dependendo da intervenção do Estado; d) não possui pleno poder coercitivo.
SOCIEDADE CIVIL
Vantagens: a) dinamiza as necessidades da população; b) articula-se de forma a levar ao Estado vozes que poderiam nunca ser ouvidas; c) consegue formar grupos de defesa de interesses diversos, cobrindo boa parte dos direitos sociais; c) fundamental instrumento de fiscalização do Poder Público e do Mercado; d) capacidade de mobilização para forçar a execução de políticas públicas.
Desvantagens: a) incapaz de tomar decisões mais impactantes; b) sua atuação, em temas mais estáveis fica restrita à pressão sobre os poderes majoritários e à possibilidade de demandar o Judiciário; c) certos grupos tendem a defender apenas seus próprios interesses, colocando-se contra interesses titulados por demais pessoas; d) certos interesses conflitam com os direitos fundamentais.

Feito esse breve comparativo das vantagens e desvantagens de cada agente na efetivação das políticas públicas, no tópico seguinte procura-se explorar os limites da intervenção judicial.

1.4 LIMITES DA INTERVENÇÃO

Quando se fala na imposição de limites ao controle jurisdicional de políticas públicas, a doutrina[63] formulou, essencialmente, os seguintes critérios:

a) a *reserva do possível*, argumento reiteradamente utilizado pela Administração para afastar a intervenção judicial em toda e qualquer situação, em especial naquelas em que não há dotação orçamentária para fazê-lo;
b) o *mínimo existencial*, um direito a condições mínimas de existência humana digna[64], que autorizaria a imediata sindicabilidade dos direitos sociais, independentemente da existência de lei ou atuação administrativa, e;

[63] Em CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Outros limites ao controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER; WATANABE, (Coord.) *O controle...*, 2013, p. 285-307, são defendidos outros limites para além da clássica tríade. Entre eles, limites fáticos, políticos e jurídicos.

[64] Para Grinover, mais que um limite, o mínimo existencial trata-se de verdadeiro pressuposto para judicialização dos direitos sociais (GRINOVER, *O controle...*, 2013, p. 132)

c) a *razoabilidade*[65], que equilibraria a tensão entre os limites acima, ponderando-os diante da situação concreta.

A ideia de impor os alegados limites à intervenção judicial relaciona-se com a determinação de fronteiras da competência do Judiciário, bem como de sua extensão. Não se trata de impedimento ao controle. Os limites seriam balizadores da intervenção judicial, buscando efetivar políticas sociais sem que isso signifique sobreposição do Judiciário de forma ilimitada sobre os demais poderes com a desorganização do orçamento e a substituição do processo de decisão política.

Diante do exposto, passa-se a análise dos referidos limites criados pelos juristas[66], que desembocariam na alteração de paradigmas pelo STF com a ADPF 45.

1.5 MÍNIMO EXISTENCIAL

A ideia do mínimo existencial foi cunhada na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, no mesmo contexto da dialética que envolveu a reserva do possível[67]. Atribuiu-se a Otto Bachof (1914-2006)[68], no começo dos anos de 1950, a conceituação a despeito do dever do Estado em estabelecer as garantias necessárias à existência digna do indivíduo.

O suporte jurídico desse conceito estava disposto no art. 1º, I, da Lei Fundamental da Alemanha[69], que positiva o princípio da dignidade humana[70]. Bachof acreditava que não se observaria vida digna somente com a garantia de liberdade e não intervenção do Estado

---

[65] Para Grinover, o mínimo existencial *não* é sempre inoponível perante a reserva do possível de maneira prévia e rígida, mas sim, ponderável a partir da razoabilidade em determinada situação concreta.

[66] Para a intervenção em políticas públicas de saúde, Sabino propõe seis limites (Cf. SABINO, *Saúde e Judiciário…*, 2016). Além do mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, indica a necessidade de registro prévio do bem de saúde, necessidade de conhecimento sobre as ações administrativas e contemplação de terapias e medicamentos incluídos em listas.

[67] V. WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER; WATANABE, (Coord.) *O controle*..., 2013; COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345-370; DANIEL, *O mínimo*..., 2013.

[68] Jurista alemão que, além de professor de Direito Público, exerceu a função de Juiz do Tribunal Estadual de Baden-Württemberg. É considerado um dos três principais nomes do Direito Administrativo alemão, ao lado de Otto Mayer (1846-1924) e Hartmut Maurer.

[69] Artigo 1 [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

[70] Sobre a dignidade da pessoa humana, com análise comparada, v. PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos* (2003). 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 359-360.

na vida privada, mas também com a aplicação de recursos materiais por parte do Estado. Com base nessa formulação, o Tribunal Constitucional Alemão julgou caso que levou ao entendimento de que o cidadão teria direito ao auxílio material pelo Estado, para proporcionar a manutenção de suas condições de existência[71].

Desde o mencionado paradigma, o Tribunal Constitucional da Alemanha vem reiterado aquele entendimento[72], ao mesmo tempo em que a doutrina alemã garante ao mínimo existencial o status de essência do Estado Social de Direito, seu objetivo primário[73]. Trata-se, pois, do núcleo intangível de direitos assegurados pelo Estado, necessários para o exercício da vida humana digna[74].

O mínimo existencial configura-se como um critério de relevância dentro do contexto de escolhas disponíveis aos gestores públicos e também ao juiz[75]. Escolhas essas que podem ser feitas entre diversos direitos disponíveis ou dentro do mesmo direito[76].

Diante disso, é de se indagar qual o *conteúdo do rol de direitos* que compõem o mínimo existencial, considerando o cunho aberto e conceitual do termo enquanto critério balizador da decisão judicial.

A doutrina contemporânea brasileira desenvolveu o conceito de mínimo existencial como um direito às condições mínimas de existência humana digna, sendo dever do Estado o cumprimento de prestações positivas para sua garantia. É o núcleo duro e central da dignidade da pessoa humana, cuja efetivação constitui objeto fundamental do Estado, nos termos do art. 3º da Constituição Federal, e exige a formulação de políticas públicas adequadas[77].

---

[71] SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET; TIMM (Org.). *Direitos fundamentais*..., 2013, p. 19-20. O julgado mencionado é a decisão BVerwGE 1, 159 (161 e ss.), de 24 de junho de 1954.

[72] Cf. BVerfGE 78, 104. Sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão e o mínimo existencial, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. d. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 435-440. No original alemão, *Theorie der Grundrechte* (1985).

[73] SARLET; FIGUEIREDO, *Reserva do possível*..., 2013, p. 20.

[74] Cf. GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 15. V. ainda Alexy, que doutrina sobre um programa minimalista de direitos fundamentais, o qual objetiva garantir ao indivíduo um status social mínimo (Teoria..., 2011, p. 502).

[75] O PL 8.050/14 prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de antecipação da tutela se o pedido envolver mínimo existencial assegurado em norma constitucional de forma perfeita e acabada. Kazuo Watanabe, um dos idealizadores do projeto, exemplifica tal tipo de norma com o direito dos maiores de 65 anos ao transporte gratuito nos meios coletivos urbanos (art. 230, § 2º, da CF). Como se vê, quando a Constituição não der margens a questões de interpretação sobre o conteúdo dos direitos essenciais, o juiz poderá conceder o direito de forma provisória. Outros exemplos são o do art. 2º da Lei 12.732/12, que determina ao SUS o prazo de 60 dias para o primeiro tratamento ao portador de neoplasia maligna, e a Lei 11.347/06, que obriga ao SUS o fornecimento de medicamentos para o tratamento de diabetes.

[76] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 218.

[77] GRINOVER, *O controle*..., 2013.

Ocorre que a doutrina diverge quanto ao conteúdo do mínimo existencial. Parte entende que seu conteúdo varia de acordo com a época e lugar[78], parte delimita o conteúdo segundo a realidade brasileira[79]. Os direitos passíveis de inclusão no mínimo existencial seriam a educação fundamental, a saúde básica, o saneamento básico, a assistência social, a tutela do ambiente e o acesso à justiça[80].

Ricardo Lobo Torres defende que a dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém do mínimo, do qual nenhum cidadão pode ser privado[81]. A esse mínimo deve ser reconhecida a eficácia jurídica e a imediata justiciabilidade em caso de inobservância, por força da própria Constituição, independentemente de lei anterior ou atuação administrativa[82].

Outra parte da doutrina ressalta que é necessária a definição do que é o mínimo, mas não se pode perder de vista que os atributos necessários à vida digna variem em função do indivíduo, tempo, local e condição. Questões econômicas, bélicas e catastróficas também podem frustrar as tentativas de se delimitar um mínimo existencial abstrato. Por isso a dificuldade de compor um núcleo duro do conceito, integrado por direitos imprescindíveis à vida digna[83].

O autor desta dissertação filia-se ao entendimento que o exame do mínimo existencial é casuístico. Sua utilização como limite objeto ao controle judicial de políticas tem como função deixar claro que não integrarão como núcleo desses direitos as prestações que extrapolem o estritamente necessário à vida digna.

Em que pese o casuísmo, em situações normais, o mínimo existencial deve ser o ponto de partida. Do contrário, por exemplo, a Organização das Nações Unidas não poderia estabelecer um patamar básico de direitos humanos que considera universal. Mesmo que não seja possível definir de maneira preliminar e abstrata o mínimo existencial, existem padrões que norteiam a proteção conferida pelos ordenamentos jurídicos[84].

---

[78] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro: n. 42, p. 69/70, julho-setembro 1990.

[79] BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana (2002). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

[80] ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

[81] TORRES, *O mínimo*..., 1990.

[82] GRINOVER, *O controle*..., 2013.

[83] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 219.

[84] Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial liga-se à noção de direitos que lhe assegurem o pleno exercício da liberdade (*Os Direitos Humanos e a Tributação*: imunidades e isonomia. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 128-129). Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo contém a educação fundamental, a saúde básica, assistência social e acesso à.

Como dito, na origem, o mínimo existencial era visto como obrigação do Estado para o indivíduo. Consistia-se em um núcleo de direitos que o Poder Público deveria proteger.

Atualmente, entende-se que o mínimo também deve ser visto a partir do indivíduo para o Estado[85]. Em tema de bens sociais, só poderá ser adjudicado ao jurisdicionado aquilo que é minimamente necessário à sua vida digna. É chamada visão bifronte ou negativa do mínimo existencial. O excesso, ou luxo, não poderia ser judicialmente provido. Enquanto o mínimo existencial consiste no núcleo duro de direitos que o Estado é obrigado a prover ao cidadão, o cidadão não pode pedir além do necessário à sua vida digna, limitando-se ao mínimo existencial.

No caso da saúde, por exemplo, a observância do mínimo existencial da maneira proposta impediria que o juiz determinasse o fornecimento do tratamento mais custoso requerido, caso houvesse a disponibilidade de terapia comprovadamente menos onerosa. A releitura do mínimo existencial sobre esse enfoque garantiria a eficiência na alocação de recursos e o respeito à universalidade e à igualdade que caracterizam os direitos fundamentais[86].

Quanto mais demandas forem atendidas de maneira enxuta, dispensando-se o luxo, mais recursos restarão para financiar outras demandas[87]. A observância do mínimo existencial acarretaria em uma gestão mais inteligente dos recursos públicos[88].

Considerando a possibilidade de coexistência dos parâmetros do mínimo existencial e da reserva do possível, convém examinar o momento de sua colisão na análise judicial. Como deveria o juiz decidir diante de um pedido que postula o mínimo para a vida digna, mas mesmo assim o Estado não possui recursos para provê-lo?

A primeira posição defende que o mínimo existencial não se curva à limitação da reserva do possível. Para Torres, o mínimo existencial independeria de suplementação

---

[85] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 221.
[86] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 222.
[87] A inclusão de medicamento nas listas poderia, salvo as anomalias próprias do processo político, ser entendida como a consagração do mínimo existencial: escolhendo os fármacos e terapias que representem melhores ou iguais resultados com menor custo e igual ou melhores eficácia e segurança, a autoridade administrativa elege aqui que se compreende como o mínimo para que o jurisdicionado mantenha sua saúde íntegra e qualificada. A observância do conteúdo das listas parece se harmonizar com o mínimo existencial, podendo consistir em parâmetro concreto para nortear a decisão judicial (SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 261-262).
[88] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 223.

legislativa, pois os direitos que ele contém emanam da própria Constituição, decorrendo na sua imediata possibilidade de judicialização, sem restrições[89].

Nesse sentido, foi o entendimento do Ministro Celso de Mello na Pet. 1.246-1/SC, que não permitiu o interesse financeiro do Estado valer em face dos direitos sociais fundamentais. O pedido envolvia tratamento de saúde em clínica norte-americana com valor estimado em 163 mil dólares. Da maneira semelhante, foi o voto do Ministro na ADPF 45, objeto desse estudo, que já ecoou no STJ[90], como se verá em maior profundidade nos Capítulos 3 e 4. Na APDF 45, todavia, o Ministro Celso de Mello posicionou-se no sentido de que as limitações financeiras são contingências reais, não podendo o intérprete ignorá-las, mas que elas deveriam ceder no caso[91].

Outra corrente interpretativa entende que a reserva do possível sempre será oponível, inclusive para os direitos que integram o conteúdo do mínimo existencial. Para essa posição, não há como superar a barreira da insuficiência de recursos, uma vez a inobservância pode levar a decisões inexequíveis[92].

O autor desta dissertação entende que os recursos serão sempre limitados. A escassez pode ser *natural*, intrínseca à insuficiência de instrumentos aptos a amparar as necessidades humanas. É o caso da escassez da água, mas a escassez também pode ser *artificial*, ocorrida pelas escolhas do gestor público, que para atender determinadas necessidades, deixou outras desamparadas.

Se a violação do mínimo existencial advém da omissão administrativa por escolhas discricionárias, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação desse direito[93].

Isso se deve pelo estabelecimento na Constituição da dignidade humana como meta a ser atingida pelo Estado. Todos os recursos devem ser prioritariamente voltados para a outorga do núcleo mínimo de direitos.

A partir disso, conclui-se que o administrador está vinculado ao cumprimento desse comando constitucional. Ele não pode gozar de livre juízo de oportunidade e conveniência para aplicar os recursos públicos. Caso tenha escolhido de forma que tornou escasso o

---

[89] TORRES, *O mínimo*..., 1990, p. 80-84.
[90] STJ, REsp 1.185-474/SC Rel. Min. Humberto Martins, j. em 20.04.2010.
[91] STF, AgReg no RE n. 410.715-SP, DJ em 03.02.06.
[92] GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 345-349.
[93] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 225.

atendimento para direitos mínimos, os recursos deverão ser devolvidos para cobrir essa necessidade[94].

Nesse sentido, é o exemplo do REsp n. 1.185.474-SC[95], em que o Min. Humberto Martins entende pela impossibilidade de oposição da reserva do possível quando, por escolha da Administração Pública, os direitos ligados ao mínimo existencial forem preteridos. O ministro ressalva que, quando a escassez não for originada do processo de escolhas políticas, não pode o Judiciário intervir nos planos e programas do Executivo.

A conclusão é que quando a limitação financeira for fática, o mínimo existencial acaba cedendo à reserva do possível. Quando essa limitação for jurídica, em regra, deve o mínimo existencial prevalecer, a menos que a Administração demonstre que as escolhas em políticas públicas não violaram os direitos fundamentais.

Entretanto, de acordo com quais critérios o Judiciário poderá e deverá intervir nas políticas públicas? Caso uma Prefeitura decida construir um hospital em um bairro pobre, ausente de saneamento básico, havendo hospital em outro bairro próximo, qual mínimo existencial deverá prevalecer?[96] A melhor solução é a aplicação do princípio da razoabilidade, que será analisada no tópico 1.7, em conjunto com a noção de reserva do possível, explorada a seguir.

1.6 RESERVA DO POSSÍVEL, EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E INGERÊNCIA JUDICIAL NAS CONTAS PÚBLICAS

A chamada reserva do possível[97] é defesa recorrente da Administração Pública em ações que abordem políticas públicas[98-99]. Trata-se de questão ligada à ausência de possibilidade fática ou técnica[100] para o cumprimento dos pedidos em juízo. A ideia por trás

---

[94] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 225.
[95] Que não foi especificamente analisado nessa pesquisa, mas reflete a posição encontrada no STJ.
[96] Exemplo de GRINOVER, *O controle*..., 2013.
[97] Ou reserva do financeiramente possível.
[98] GRINOVER, *O controle*..., 2013.
[99] Pela inconsistência da teoria da reserva do possível no Estado Social, v. CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a "reserva do possível". In: GRINOVER; WATANABE, (Coord.) O controle ..., 2013. Em sentido oposto, v. JACOB, Cesar Augusto Alckmin, A 'reserva do possível': obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: In: GRINOVER; WATANABE, (Coord.) O controle ..., 2013, p. 237-283.
[100] V. LOPES, *Em torno da reserva do possível*..., 2010, p. 179-180.

da exceção é que o Estado não consegue adimplir todas as suas obrigações por falta de recursos, já que os bens são escassos e todos os direitos têm custos[101].

O avanço do Poder Judiciário nas finanças públicas é preocupação antiga do Executivo. A sistemática dos precatórios judiciais demonstra uma das intersecções entre a decisão judicial e o orçamento[102]. No controle judicial de políticas públicas, a preocupação é semelhante, tendo em vista a máxima que as necessidades são infinitas, mas os recursos escassos[103].

Denomina-se como "Lógica do Cobertor Curto"[104] a insuficiência de recursos para o atendimento de toda a demanda, que faz com que o gestor público tenha que lidar com escolhas trágicas[105]. O argumento foi considerado nas decisões do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 e na STA 175-AgR/CE, analisadas oportunamente, entendendo que entre a prestação do direito à saúde e a alocação dramática dos recursos escassos[106], deve prevalecer a primeira.

O conceito de reserva do possível foi desenvolvido, originariamente, pela doutrina alemã[107], a partir do julgamento de dois casos levados à Corte Constitucional daquele país na década de 70, pelos Tribunais Administrativos de Hamburg e da Baviera, relacionados à regulamentação das admissões de estudantes em cursos de medicina. A pretensão teve início com a exigência de acesso dos estudantes ao ensino superior, em um momento que a Alemanha contava apenas com universidades públicas, e que estipulavam um limite máximo de alunos por classe, visando garantir a qualidade do ensino. Os estudantes então excluídos recorreram ao Judiciário em busca do ingresso.

---

[101] SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. W. W. Norton & Company: New York, 1999, p. 13-16.

[102] SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 267.

[103] V. SABINO, *Políticas*..., 2014; SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle*..., 2013; CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a "reserva do possível". In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle*..., 2013; CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

[104] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 196.

[105] V. CALABRESSI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices* – The conflicts society confront in the allocation of tragically scarce resources. New York and London: W. W. Norton & Company, 1978.

[106] OMS conclui que caminho para cobertura universal da saúde é impossível sem escolhas trágicas (Relatório Mundial de Saúde 2010: *Financiamento dos Sistemas de Saúde*: o caminho para a cobertura universal. Genebra, 2010, p. 96).

[107] Em alemão, *Voberhalt des Möglichen*.

O Tribunal Constitucional concluiu que eventuais restrições ao ensino superior só seriam aceitáveis caso observadas certas condições, como a (i) existência de regulamentação prévia; (ii) a comprovação da insuficiência material do Estado para atender toda a demanda e (iii) a comprovação de esforços legislativos e governamentais com a finalidade de incrementar as vagas[108]. Os magistrados entenderam que a prestação exigida do Estado deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

No Brasil[109], a reserva do possível ganhou diversas posições pela doutrina, havendo entendimento de que:

a) trata-se de limite instransponível, independentemente da natureza do direito, em prol do cumprimento rigoroso do orçamento[110];
b) jamais pode ser acolhida, levando em conta a menor importância do orçamento contra a necessidade de execução dos direitos sociais;
c) acolhem o argumento com reservas, pois ele deve ser submetido à ponderação de valores, de forma que sua aplicação somente é possível quando o direito pleiteado *não* se sobreponha à necessidade de previsão orçamentária da despesa decorrente de sua concessão[111].

Como dito, a reserva do possível é analisada geralmente sob dois aspectos, o fático e o jurídico.

Do ponto de vista do primeiro, seria impossível exigir uma prestação positiva do Estado, pois não há dinheiro disponível em caixa. Nesse caso, não se poderia falar em direito reclamável, pois a determinação judicial para efetivar a política pública restaria inócua.

Sob o ponto de vista jurídico, entretanto, a impossibilidade de concretização dá-se em razão da ausência de previsão orçamentária: o gestor público optou por direcionar os recursos para outra política que não a pleiteada. Nessa hipótese, caberia ao julgador analisar,

---

[108] JACOB, *A reserva*..., 2013, p. 250.

[109] Segundo Andreas Krell, as realidades socioeconômicas entre Brasil e Alemanha implicam na análise com ressalva dos modelos adotados, devendo a questão da reserva do possível ser investigada independentemente de sua origem. KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa), *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 144 out/dez, 1999, p. 244-247.

[110] Com esse entendimento, há o risco da aplicação da reserva do possível para transformar Estado em um grande gerente empresarial, priorizando o custo-benefício em detrimento da efetiva implementação dos direitos sociais (cf. SABINO, *Políticas*..., 2014).

[111] GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 125-150. Acredita-se que reserva do possível não pode ser utilizada como paradigma isolado, independente e dissociado dos outros propostos, como o mínimo existencial e a razoabilidade.

diante da situação concreta, se a escolha executiva é constitucionalmente legítima, sendo assim, não está autorizada a intervenção judicial. Do contrário, pode o julgador estabelecer a correção da política, ou mesmo a realocação de recursos, bem como a inclusão da política na peça orçamentária para que seja executada no exercício seguinte.

Como a lei orçamentária não é vinculante, a transposição de verbas é possível. Caso o orçamento não seja cumprido, o Judiciário também poderia determinar a execução da política pública, com fundamento atualmente no art. 536, § 1º do Código de Processo Civil[112-113], segundo Grinover.

Afinal, não é incomum que a escassez de recursos ocorra por escolhas equivocadas da Administração. Dessa maneira, o juiz seria responsável pelo controle do cumprimento da decisão, podendo-se valer até de terceiro para administração e fiscalização, como se verá pela proposta de alteração legislativa no tópico 1.11. O aspecto da exequibilidade das decisões torna-se fundamental[114].

De *lege lata*, todavia, Grinover defende que a falta de recursos deverá ser sempre provada pela própria Administração, aplicando-se por analogia a regra da inversão do ônus da prova, disposta no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor[115]. Contra esse posicionamento, Jacob entende que as normas do microssistema do CDC seriam excepcionais e não aplicáveis entre as relações entre Estado e particular que se suponha na condição de hipossuficiência[116]. Nada impede, contudo, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova[117], já que a reserva do possível pode ser categorizada como "fato impeditivo do direito do autor"-[118].

Ressalta-se ainda a inovação trazida pelo parágrafo primeiro do art. 373 do CPC/15, que autoriza a inversão do ônus da prova para qualquer tipo de demanda. Pelo texto, diante

---

[112] GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 138.

[113] CPC/15, art. 536: No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

[114] GRINOVER, *O controle*..., 2013.

[115] GRINOVER, *O controle*..., 2013.

[116] JACOB, *A reserva*..., 2013, p. 237-283.

[117] V. CAMBI, E. A. S. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do artigo 373, par. 1o. e 2o., do NCPC. *Revista de Processo*, v. 246, p. 85-112, 2015; ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas.* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

[118] CPC/15, Art. 373. O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade, ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo padrão ao ônus da prova, ou ainda à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz pode inverter o ônus da prova. É necessário, por certo, que a decisão seja fundamentada, e deve ser dada à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A questão é que a reserva do possível traz consigo o paradoxo dos direitos sociais[119]: se todos têm direito de acesso a políticas públicas universais e igualitárias, mas se são escassos os recursos, nem todos serão plenamente atendidos da forma universal e igualitária. Sempre haverá omissão dos poderes majoritários na efetivação de políticas públicas, logo, espaço para o controle judicial. A responsabilidade do Judiciário nesse campo é grande.

Se for pressuposto que o magistrado só pode conceder recurso disponível ao cidadão, a reserva do possível torna-se verdadeira restrição ao poder jurisdicional de adjudicar. Como se vê, a reserva do possível revela-se um conceito pertinente, pois força o Judiciário a decidir com a consciência que está transferindo recursos escassos.

O tema ainda manifesta sua importância no período de crise que o Brasil vive. Em 2016, após o período de turbulência política que desaguou no *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff[120] e nomeação do novo presidente Michel Temer[121], foi proposta e aprovada emenda constitucional, que alterou a Constituição para limitar o crescimento das despesas do Estado brasileiro, tendo efeito para os três poderes, além do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União.

A denominada PEC 241/16[122], aprovada como EC 95/2016, limita as despesas e investimentos públicos aos valores gastos no ano anterior, corrigidos pela inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Trata-se de proposta de alteração no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com validade inicialmente prevista para os próximos 20 anos, sendo que a partir do décimo ano, o Presidente da República que estiver exercendo o poder poderá alterar essa correção das despesas públicas, por meio de Projeto de Lei Complementar. Para o ano de 2017, haverá

---

[119] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 202.

[120] Reportagem de 31.08.2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/senado-aprova-impeachment-dilma-perde-mandato-e-temer-assume.html>

[121] Reportagem de 31.08.2016.
Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/08/michel-temer-toma-posse-como-presidente-da-republica>

[122] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>

exceções para as áreas da saúde e educação, cujos gastos só passarão a respeitar o teto a partir de 2018, devido aos percentuais mínimos de arrecadação previstos na Constituição.

A Emenda Constitucional tem como objetivo evitar o crescimento da relação dívida pública/PIB por meio da contenção das despesas públicas. O ano de 2016 será o terceiro seguido com *déficit* primário. Em 2014, o *déficit* foi de R$ 17,24 bilhões e, em 2015, de R$ 114,98 bilhões. A previsão para 2016 é que o rombo atinja o pior resultado da história, em torno de 170,5 bilhões. Mesmo com a aprovação da PEC, a estimativa para 2017 é de 139 bilhões[123].

A controvérsia sobre o tema é grande. Economistas de peso são favoráveis: Henrique Meirelles, Delfim Netto, Ricardo Amorim, Alexandre Schwartsman.

Por outro lado, os críticos afirmam que ela ameaça a execução do Plano Nacional de Educação[124] e das políticas de saúde pesquisadores do IPEA afirmaram que até 2036 a saúde irá perder 430 bilhões de reais[125]. A Procuradoria Geral da República emitiu parecer afirmando que a PEC 241 é inconstitucional[126]. O reitor da UFRJ também questionou o suporte jurídico da PEC[127].

Nota técnica assinada por vários juristas também defende a inconstitucionalidade da medida[128]. Ela cita, inclusive, a ADPF 45, investigada nesse trabalho, oportunidade em que o STF teria afirmado que não cabe a frustração da efetividade de direitos fundamentais em nome de restrições orçamentárias falseadas. Para a nota, o Estado brasileiro precisa (i) se comprometer com a revisão de privilégios, como as renúncias fiscais concedidas em violação ao art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal[129] e os incentivos creditícios, pelo

---

[123]Reportagem de 30.09.2016. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/4731033/sem-pec-dos-gastos-divida-chegara-100-do-pib-em-2024-estima-temer>. V. também, disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/assec/evolucao-recente-da-carga-tributaria-federal-3.pdf>

[124] Reportagem de 14.10.2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/12/politica/1476282697_901100.html>

[125]Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf>

[126] Reportagem de 07.10.2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/10/tecnicos-da-pgr-dizem-que-pec-do-teto-de-gastos-e-inconstitucional.html>

[127] Reportagem de 05.07.2016. Disponível em: <http://www.midias.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/nao-e-so-uma-logica-economica-e-um-horizonte-para-a-formacao-humana-no-brasil>

[128] NOTA TÉCNICA. Inconstitucionalidade do congelamento dos pisos da saúde e da educação na PEC 241/2016: responsabilidade fiscal deve visar ao custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/2016/10/nota-tecnica-inconstitucionalidade-do.html>

[129] A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na

BNDES, sem exame de efetividade; (ii) mitigar a discricionariedades na execução e no exame das contas anuais dos entes políticos; (iii) conter abusos no regime de parcelas indenizatórias em detrimento do teto remuneratório do serviço público; (iv) investigar e eliminar inchaços nos quadros de pessoal; (v) refutar frouxidões interpretativas e acompanhar cotidianamente o fluxo do dinheiro público.

Foi visto que o dilema entre a efetividade dos direitos constitucionais e o custo dos direitos é discussão sempre presente, acentuada nos momentos de escassez econômica. No final das contas, concorda-se com Thiago Acca: a doutrina tem dificuldade em criar critérios para identificar sob que circunstâncias os direitos sociais devem ser aplicados. Por outro lado, constatar que todos os direitos seriam custos é pouco, já que é necessário, diante de tal realidade, escolher justificadamente quais seriam os direitos que deveriam ser implementados[130].

De toda forma, acredita-se que a reserva do possível não pode ser utilizada como paradigma isolado, independente e dissociado dos outros propostos, como o mínimo existencial e a razoabilidade.

1.7 RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade tem como objetivo instituir uma relação entre o meio e o fim, na expectativa de controlar eventuais excessos.

A decisão judicial em políticas públicas lida com direitos fundamentais. De um lado, há o direito social violado; de outro, o Poder Público não pode privilegiar um ou alguns, mas deve atender à universalidade. A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, que se traduz no justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados[131]. O proporcional é o equilibrado. O razoável é o que não é excessivo.

---

estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; e estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

[130] ACCA, *Teoria brasileira*..., 2013, p. 199.

[131] Aristóteles (384 a.C.--322 a.C.)) ensinava que a proporcionalidade é um meio termo, no sentindo de que tanto o excesso quanto a falta revelariam injustiça (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009).

Em que pese sua relevância, por ora não se entrará na discussão da diferença entre a razoabilidade e proporcionalidade, utilizando ambas as expressões como equivalentes, pois se acredita que fugiria do escopo da pesquisa. Além disso, os conceitos são utilizados de forma pragmática na jurisprudência[132], inclusive no STF[133]. Não se opta pela prevalência de um termo, pois a expressão razoabilidade é a utilizada na ADPF 45 e a que vigora no Projeto de Lei 8.058/14 e nas conclusões do CEBEPEJ, enquanto a expressão proporcionalidade é a empregada em diversas teorias, como a de colisão de princípios de Alexy.

Diante da ressalva, concorda-se com o entendimento de Grinover, em que a razoabilidade é medida pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade[134]. Em sentido amplo, a proporcionalidade compreende como subprincípios constitutivos: (i) a conformidade ou adequação de meios, que prescreve que a medida seja adequada ao fim; (ii) a *exigibilidade ou necessidade ou menor ingerência possível*, que prescreve a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; e (iii) *proporcionalidade em sentido estrito*, que prescreve a justa medida entre os meios e fim[135].

---

[132] Apenas para contextualizar a discussão, como exemplo, Badin (*Controle*..., 2013, p.85) afirma que razoabilidade e proporcionalidade para os fins do controle judicial das políticas públicas devem ser entendidos como sinônimos e diferenciados da regra da proporcionalidade da hermenêutica de Robert Alexy (pertinência, eficácia e necessidade). Grinover (*O controle*..., 2013, p. 133), em sentido oposto, entende que a razoabilidade se mede pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, caracterizada pelo justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados, empregando inclusive os subprincípios que constituem a proporcionalidade. Para a autora, por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o legislador ou o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. Dessa forma, estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada. Defende que razoabilidade deveria ser utilizada com o fim de adequar casos extremos, onde seria evidente o desacerto do administrador em cotejo com aquilo que se teria por mais adequado no caso concreto. Canela Junior (*O orçamento*..., 2013, p. 165) entende que a ideia da proporcionalidade deve estar atrelada à ideia da essencialidade do direito. Afirma que todos os direitos fundamentais são essenciais, fazendo parte da condição humana, sendo justamente a reunião de todos os direitos fundamentais que compõe a dignidade do ser humano. Assim, o juízo de razoabilidade jamais poderia ocorrer entre dois destes direitos, não sendo lícita a escolha do Estado entre a educação ou a saúde, na medida em que o afastamento de um dos direitos representaria a possibilidade de sua supressão. Tratando-se de um direito fundamental, não haveria possibilidade de sua supressão, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário. O mesmo autor vislumbra a proporcionalidade no processo de índole coletiva como um instrumento para o estabelecimento temporal da efetivação dos direitos fundamentais. Para isso faz uma diferenciação ao estabelecer que o direito à vida e à saúde exige satisfação imediata, enquanto outros como o direito a uma moradia permitem um atendimento no futuro e de forma programada.

[133] V. PEREIRA, Bruno Ramos. O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal – análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. No Direito Penal, cf. MARIN, Gustavo de Carvalho. Verificação da proporcionalidade na interpretação do Direito Penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

[134] GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 133.

[135] V. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição* (2002). 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

Em sentido contrário, é violada a proporcionalidade e a razoabilidade, com a ocorrência de arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados, ou quando a desproporção entre meios e fim é manifesta[136]. A proporcionalidade age como proibição do excesso.

A proporcionalidade é norma constitucional não escrita, que permite ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas aos direitos fundamentais[137], pois, tanto uma função negativa, quanto limita a atuação dos órgãos estatais, e uma função positiva, de obediência aos seus respectivos conteúdos[138]. É um instrumento de interpretação pertinente na ocorrência de antagonismo entre direitos fundamentais[139], principalmente quando se busca uma solução conciliatória[140].

Paulo Bonavides defende que o princípio da proporcionalidade advém da isonomia, conceito fundador do Estado Democrático de Direito[141]. Na ordem jurídica, a proporcionalidade deve ser princípio que orienta todas as ações de todos os agentes públicos, não apenas como mandamento constitucional, mas também por sua previsão legislativa[142]. A ideia é que a toda ação estatal deve ser proporcional, a fim de evitar favorecimentos e arbitrariedades em prejuízo de alguns e benefícios de outros.

Por conseguinte, a proporcionalidade deve ser observada por todos os Poderes da República, não só o Judiciário que está adstrito ao seu comando, Legislativo e Executivo também[143]. Nenhum poder pode agir ou se omitir de maneira desproporcional ou irrazoável. A atuação administrativa deve ser constitucionalmente responsável[144].

No contexto dos direitos fundamentais, o mencionado justo equilíbrio é pautado em dois limites: (i) a *proibição do excesso*, de forma que não seriam toleradas medidas que

---

[136] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2016.
[137] TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, p. 1-7, abr./jun. 1996.
[138] STUMM, Raquel Denise. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995.
[139] LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro* (2001). 2. ed. São Paulo: Saraiva 2003.
[140] V. BONAVIDES, Curso..., 2016.
[141] BONAVIDES, Curso ... 2016, p. 396-397.
[142] Implícito no *caput* do art. 37 da Constituição e expresso no art. 2º da Lei nº 9.784/99. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* (1993). 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 107-108 e MEIRELLES, Hely Lopes (1917-1990). Direito Administrativo Brasileiro. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 92-94.
[143] Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional...*, 2016.
[144] A proporcionalidade nesse sentido derivaria de diversos comandos constitucionais, tendo como o principal o devido processo legal substantivo. Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O *devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Cf. ainda a posição do STF na MC em ADIN n. 1.407/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 07.03.1996. Por fim, cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 798, 2002, p. 23-50.

ultrapassassem o razoável e o ponderado, e (ii) *a vedação à proteção insuficiente*, de modo que o Estado não pode se recusar a atingir um patamar mínimo de proteção conferido pelos direitos fundamentais.

Tais balizas, no piso e no teto, seriam a margem de atuação do magistrado para analisar a razoabilidade das medidas em debate, como viria a reconhecer o STF[145-146].

O estudo da proporcionalidade ganhou aprofundamento como efeito da colisão de direitos. Nesse sentido, o filósofo do Direito alemão Robert Alexy teorizou sobre a diferença entre regras e princípios[147]. Embora ambos possam ser formulados a partir de expressões deontológicas de *dever*, *proibição* e *permissão*, os princípios são normas que prescrevem a realização de uma ação ou omissão da melhor maneira possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Os princípios podem ser observados em sua plenitude ou parcialmente[148]. No primeiro caso, estarão otimizados, alcançando seu almejado grau máximo de imperatividade. Por isso, Alexy qualifica-os como *mandados de otimização*[149].

Por outro lado, as regras são normas que devem sempre ser cumpridas, ou serão descumpridas. Não existe meio termo, parcial cumprimento de regras. O conteúdo integral delas repercute no caso concreto, nem mais nem menos. Diante dessa característica, as regras acabam por conflitar. Esse impasse deve ser resolvido pela eleição daquela regra mais apropriada para solução do caso concreto, com o consequente descarte da outra regra conflitante.

---

[145] Cf. STA 278-6/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 22.10.2008: "Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161)".

[146] Grinover (*O controle...*, 2013) traz exemplos históricos da aplicação do princípio da razoabilidade/proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Em 1968, com a relatoria do Ministro Themístocles Cavalcanti (1899-1980), o HC 45232 utilizou o princípio (embora sem esse nome) como critério para restrições de direitos, enunciando que tais medidas não podem conter limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais. Em 1977, com relatoria do Ministro Rodrigues Alckmin (1915-1978), a Representação 930 assentou que o legislador somente poderia estabelecer condições de capacidade respeitando o critério da razoabilidade, podendo e devendo o Judiciário aferir se as restrições são adequadas pelo interesse público. Em 1984, as Representações 1077 e 1054 também são exemplos trazidos de aplicação do princípio.

[147] V. SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-630, 2003.

[148] V. AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

[149] ALEXY, *Teoria...*, 2011, p. 85-91.

Os princípios, entretanto, não conflitam. Eles colidem. Para solução da colisão, um dos princípios deverá ceder, sem que, entretanto, haja exclusão do outro. Apenas será escolhido o princípio mais apropriado para o caso. Tanto que se os mesmos princípios colidirem, mas as circunstâncias se alterarem, o princípio, que no primeiro caso cedeu, poderá prevalecer na nova situação.

Dessa maneira, a análise da colisão entre princípios é casuística. Ela requer o que Alexy denominou de *sopesamento de princípios*. No plano abstrato, os princípios em colisão estão no mesmo plano. Por sua vez, no caso concreto, é necessário verificar qual tem maior peso. Não existe uma determinação prévia que imponha que aquele princípio tem prevalência sobre o outro[150]. O intérprete deverá verificar, diante das circunstâncias, qual princípio se sobressai.

Segundo Alexy, a doutrina da proporcionalidade estabelece três ordens de indagações para a análise do equilíbrio de determinada medida, que deverão ser consideradas pelo intérprete no momento da decisão[151].

Para exemplificar, Sabino usa uma demanda por medicamento aplicando a metodologia de Alexy[152], o que também se aplica a qualquer outro tipo de bem social postulado.

Primeiro, o juiz deverá indagar se o meio eleito pelo requerente é *adequado* para os fins almejados. Segundo, deve investigar se o provimento é *necessário*, ou seja, se a medida judicial é imprescindível. Terceiro, o magistrado deve verificar se a solução almejada é *proporcional*, equilibrada sob o ponto de vista dos interesses antagônicos[153], lançando-se do sopesamento dos princípios. Disso se conclui a correlação entre os princípios e a proporcionalidade.

A adequação da medida geralmente está presente, salvo em hipóteses de extrema impertinência[154]. Ela decorre da autorização do inciso XXXV do art. 5º da Constituição[155], que permite ao jurisdicionado utilizar de qualquer medida apta a garantir o acesso ao bem

---

[150] ALEXY, *Teoria*..., 2011, p. 91-99.
[151] ALEXY, *Teoria*..., 2011, p. 116-120.
[152] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 230-231.
[153] CANOTILHO, *Direito Constitucional*..., 2016, p. 264-265.
[154] Como pedido de xampus, mel, leite desnatado em pó, vitaminas, medicamento para disfunção erétil, produtos alimentícios da feira semanal, cf. GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008.
[155] "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

da vida almejado. Em termos de adequação, o meio da tutela jurídica pouco importa para o exame da proporcionalidade[156].

No segundo ponto, é desnecessária a medida judicial que pretenda a adjudicação de um medicamento regularmente entregue pelo SUS; tampouco aquela que determine a internação do jurisdicionado em hospital da rede privada, custeada pelo Estado, se algum hospital público provê o mesmo tratamento em condições semelhantes. A investigação da necessidade tem relação direta com a noção de proporcional e razoável.

Na análise do que é proporcional em sentido estrito, situa-se o sopesamento dos princípios preponderantes no caso concreto. No controle judicial de políticas públicas, essa ponderação é sempre exigida, visto que os direitos sociais sempre colidem entre si[157]. O confronto pode se dar da forma mais variável possível, abrangendo direitos da mesma natureza, ou não[158].

No caso da saúde, objeto da ADPF 45, houve a colisão de dois princípios básicos: universalidade de acesso à saúde (ligada ao mínimo existencial) e escassez de recursos (ligada à reserva do possível)[159]. Vê-se que o atendimento de uma demanda implica no desatendimento de outra, especialmente nessa área, levando em conta que a prestação alcançada não será universal, mas direcionada a quem ultrapassou os óbices de acesso ao Judiciário[160].

Aí se encontra a importância do exame se a medida não é excessiva, a ponto de prejudicar outros indivíduos; ao mesmo tempo em que promova o patamar mínimo de atendimento ao direito postulado.

Pela limitação dos recursos estatais, o atendimento do direito social exigido pelo indivíduo implica no não atendimento de outra pretensão legítima de outros indivíduos. O que ocorre naturalmente quando o gestor público escolhe a área e forma de aplicar recursos, acontece com mais evidência quando as escolhas são definidas pelo juiz. É o exemplo da decisão que determina tratamento hospitalar de longo prazo, e acaba realocando forçadamente recursos que estavam afetados para construção de casas populares[161].

---

[156] Em que pese o entendimento de maior adequação da tutela coletiva para o controle de políticas públicas, o que se verá em momento seguinte.

[157] Para Alexy, quando a decisão envolve direitos fundamentais, estes são elevados à categoria de princípios, concluindo que as colisões entre uns e outros serão sempre resolvidas por sopesamento (*Teoria*..., 2011, p. 212).

[158] SABINO, Políticas..., 2014, p. 232.

[159] Sobre o uso da proporcionalidade como técnica de sopesamento de princípios constitucionais, v. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Princípio da proporcionalidade*. Coisa Julgada e justa indenização. O Processo – Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009, em especial p. 58-72.

[160] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 232.

[161] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 232.

O exame de razoabilidade pelo Judiciário também deve considerar as condições financeiras do Estado não apenas para o polo ativo da ação, mas também para com as demais pessoas que se encontram em situação análoga, ainda que não se encontrem buscando a tutela judicial.

Essa formula de encarar a razoabilidade leva ao mencionado aspecto da proibição do excesso, de forma que aqueles, nas mesmas condições, serão atendidos pelo Estado. Por isso a relevância do fornecimento de informações pela Administração em relação às políticas já adotadas[162].

Conclui-se que no controle judicial de políticas públicas, por meio da utilização do princípio da razoabilidade, o juiz deverá analisar a situação concreta, determinando se o Legislativo ou o Executivo pautaram sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição. Pelo lado do autor, deve haver razoabilidade em sua pretensão deduzida contra o Estado. Pelo lado do Poder Público, a escolha do gestor deverá ter sido desarrazoada[163]. Se ela não for irrazoável, intervenção judicial não deve ser permitida. Se a escolha foi inapropriada, há poder e dever de revisão pelo juiz[164].

1.8 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

A sociedade contemporânea é altamente conflitiva. Isso se dá pelo adensamento populacional, pelo caráter finito e pela consequente insuficiência dos bens materiais e imateriais a disposição dos homens para a satisfação de suas necessidades. A escassez de recursos, a concentração de riqueza em mãos de poucos, são diversos os fatos que contribuem para indivíduos e coletividades envolvam-se cada vez mais em situações conflituosas.

Quando os conflitos precisam ser solucionados pelo processo, dele deve resultar a justa tutela de interesses e direitos[165].

---

[162] Cf. STA 278-6/AL, j. em 22.10.2008, em que o Min. Rel. Gilmar Mendes entende que o sopesamento de princípios exige a compatibilização dos critérios de justiça comutativa e distributiva, que determinam a elaboração de políticas públicas.

[163] SABINO, *Políticas*..., 2014, p. 233.

[164] Cf. FERRARESI, Eurico. *Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

[165] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 34.

Grinover ensina que nem a tutela não deve ser apenas justa, mas também efetiva e adequada. *Justa*, na medida em que dê razão a quem a tem, ou na medida em que respeite a vontade livre e informada das partes. *Efetiva*, pois o direito ou interesse objeto da tutela deve poder realmente ser fruído. *Adequada*, porque a efetividade da justa tutela só pode ser alcançada por meio da via processual idônea a solucionar o conflito.

Como se verá em seguida, o estudo do processo e seu tratamento no direito positivo pedem por uma metodologia instrumentalista, que estrutura de acordo com a análise da tutela à adequada de cada classe de conflito[166].

Para Grinover, é necessária a integração do direito material e do instrumento criado para concretizá-lo: o direito processual. Esta é a finalidade jurídica do processo, ao lado da social, que é pacificar com justiça, e da política, que é a efetiva participação do processo[167].

Assim, a *instrumentalidade metodológica* é o método que parte do estudo do direito material para, a partir dele, remontar ou construir o fenômeno do processo[168]. Grinover propõe que, a partir da crise do direito material, se busque no conflito específico a construção da solução processual adequada. É necessário dar ao direito processual uma perspectiva multidisciplinar[169].

É o que se pretende ao analisar os conflitos judicializados envolvendo políticas públicas. Estudando o direito material em crise, espera-se que novas ideias e respostas possam surgir para o aperfeiçoamento do direito processual. Essa dissertação não pode ter a ambição de resolver muitos dos problemas práticos e teóricos do tema, mas aspira poder contribuir com a reflexão para novas soluções.

Dito isso, busca-se explorar adiante os meios de tutela processual das políticas públicas atualmente.

Como já afirmado, a realização dos direitos sociais depende da estruturação e da promoção de políticas públicas pelo Estado. O controle da legalidade e da adequação dessas políticas, por sua vez, pode ser realizado pelo Poder Judiciário, quando provocado e sempre *a posteriori*.

A esse respeito, para efeitos processuais, não há rigidez quanto ao tipo de ação utilizada. É a natureza do provimento que realmente vale. Qualquer tipo de ação (coletiva,

---

[166] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 34.
[167] DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo* (1987). 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
[168] SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos.* Rio de Janeiro: Forense; 2011, p. 13-27
[169] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 14.

individual com efeitos coletivos ou puramente individual) pode ser empregada para provocar o Judiciário[170] e não importa também a espécie de demanda: meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*[171].

Isso se deve ao fato dos direitos sociais terem natureza bidimensional, isto é, possuírem uma dimensão individual e uma coletiva. Trata-se de direito de todos e de cada um, ao mesmo tempo. Dessa forma, é juridicamente admissível tanto a (i) ação do indivíduo, que na condição de detentor de direitos subjetivos, ingressa em juízo para pedir o fornecimento de medicamento pelo Estado; quanto a (ii) ação coletiva ajuizada pelos legitimados, para pleitear a correção ou a melhoria da política pública para todos os beneficiários do SUS, por exemplo.

Na prática forense, contudo, muitas vezes a distinção entre o individual e o coletivo é menos clara e mais complexa do que a teoria ensina, dando origem a demandas individuais com efeitos coletivos e demandas coletivas com impactos limitados, entre outras[172].

A doutrina processual brasileira vem discutindo o tema e propondo maneiras de classificar as diferentes formas de tutela jurisdicional dos direitos coletivos. No entanto, ainda não há consenso a respeito.

Buscando acomodar os principais critérios propostos na literatura processual brasileira, propõe-se uma classificação segundo a qual seria possível identificar cinco tipos de ação que vêm sendo utilizados para a tutela jurisdicional dos direitos sociais[173]:

a) ações tipicamente individuais;
b) ações coletivas;
c) ações individuais com efeitos coletivos;

---

[170] Sobre o uso do mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a ADPF no controle de políticas pública, v. ONODERA, Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle...*, 2013.

[171] Consectário do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, é o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual de todos os direitos consagrados pelo sistema. Cuida-se de norma autoaplicável, e não mera enunciação vazia e inócua a ser posta em prática por meio de outras normas legais. Sua consequência é a realização processual dos direitos na exata conformidade do princípio *chiovendiano* (de Giuseppe Chiovenda, 1872-1937), segundo qual o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aqui e somente aqui que tem o direito de conseguir. Consubstanciado na legislação infraconstitucional também pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, o princípio da efetiva e adequada tutela jurídica processual é, segundo a doutrina, aplicável a todos os direitos e interesses, também fora das relações de consumo, por força do art. 90 do CDC e pelo art. 21 da Lei de Ação Civil Pública. Aplica-se, portanto, o artigo à defesa de todos os direitos difusos e coletivos, nos termos do art. 1º, IV, da Lei da Ação Civil Pública.

[172] Cf. ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER; WATANABE (Coord.) *O controle...*, 2013, p. 309-331.

[173] V. GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pinto (Coord). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde:* relatório de pesquisa. São Paulo: CEBEPEJ e FGV, 2014.

d) ações pseudoindividuais;
e) ações pseudocoletivas.

Em seguida, analisa-se cada uma delas.

Também se espera que os resultados obtidos pela pesquisa jurisprudencial possam contribuir para a avaliação crítica das classificações doutrinárias existentes, inclusive a classificação proposta.

1.8.1 AÇÕES INDIVIDUAIS

A ação individual consiste-se em ação ajuizada por uma pessoa natural, ou por um grupo de indivíduos em litisconsórcio, na qual a causa de pedir, o pedido e os efeitos da sentença são tipicamente individuais[174]. A pretensão busca efetivar o quanto individual dos direitos sociais[175]. A sentença procedente produz efeitos *inter partes*, ou seja, beneficia somente o polo ativo da ação. O regime jurídico processual ao qual se submetem as ações individuais é o estabelecido pelo Código de Processo Civil.

Exemplos desse tipo de ação são encontrados de forma abundante na jurisprudência, em especial pleiteando o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde.

A doutrina avalia que a ação meramente individual deve ser utilizada com cautela, reiterando-se a necessidade de observação dos limites mencionados, vez que o acolhimento da pretensão pode diminuir a disponibilidade de verbas destinadas à política pública em geral. Todavia, não se pode olvidar que a reiteração de pedidos no mesmo sentido pode acabar influindo, positivamente, na ampliação da própria política pública[176]. A ação individual, entretanto, não presta ao controle da política pública, pois o escopo é a proteção de direitos subjetivos.

---

[174] Cf. ZUFELATO, *Controle judicial*..., 2013, p. 309-331.

[175] "Tome-se, por exemplo, o direito à educação, veiculado mediante o pleito de uma vaga para uma criança em determinada escola. O direito à saúde, postulado por meio do pedido de um medicamento ou tratamento para um paciente específico. [...] Essa "individualização" será sempre possível quando o direito social puder ser partível em uma parcela atribuível a um sujeito. SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In*:* SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

[176] GRINOVER, *O controle*..., 2013.

Grinover entende que deve haver por parte do Judiciário um empenho no sentido de transformar, sempre que possível, as ações individuais em ações coletivas, para atendimento não somente da demanda individual do autor, mas a de toda coletividade[177].

Para tanto, duas técnicas, não excludentes, podem ser utilizadas. Primeiro, caso haja diversas ações individuais que tratem sobre o mesmo direito individual homogêneo, o magistrado deverá notificar os legitimados às ações coletivas (Ministério Público, Defensoria Pública, associações) para que seja ajuizada a ação coletiva, em que os autores individuais poderão intervir como assistentes litisconsorciais.

A autora também propõe que seja convertida de ofício a ação individual em coletiva, quando se trate de ação individual com efeitos coletivos. Nesse caso, o contraditório deverá ser reaberto e os autores das ações individuais obrigatoriamente figurarão como assistentes litisconsorciais. Nessas hipóteses, a coisa julgada[178] necessariamente terá efeitos *erga omnes pro et contra*[179], pois se trata de pretensões indivisíveis, unitárias no plano do direito material.

Ambas as técnicas estão projetadas no PL 8.058/14 (arts. 29 e 30).

O PL 8.058/14, aliás, expõe sua preferência pelas demandas coletivas. Em seu art. 28, há uma restrição à procedência das demandas individuais. Pelo texto, na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do (i) mínimo existencial; ou (ii) bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada. Há ainda necessidade de se aferir a razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

---

[177] GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos controle jurisdicional de políticas públicas*. 2016. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_6&shop_detail=56

[178] Sobre a coisa julgada no CPC/15, v. BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo Código de Processo Civil: limites objetivos e eficácia preclusiva. *Revista de processo comparado*, v. 1.2, p. 121-143, 2015.

[179] V. ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011; GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 45, p. 56-58, 2007; GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas: relatório geral. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Org.). *Direito Processual Comparado*: XIII World Congress of Procedural Law, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 305-499; SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: Maria Clara Gozzoli; Mirna Cianci; Petrônio Calmon; Rita Quartieri. (Org.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143-158.

1.8.2 AÇÕES COLETIVAS

Ao lado dos conflitos individuais (e não como uma soma deles) existem conflitos coletivos. Conflitos de massa, em uma sociedade de massa, que envolvem coletividades de pessoas. Ditos também direitos comunitários, por pertencerem a uma comunidade de pessoas (indeterminada ou determinada), que persegue um objetivo comum. Esses direitos formam uma nova geração de direitos fundamentais, os direitos de solidariedade, igualmente objeto de tutela jurisdicional[180].

Seriam interesses privados ou públicos? Grinover cita Mauro Cappelleti (1927-2004): para o jurista italiano, não são uma coisa nem outra. Constituem *tertium genus*[181], colocando-se a meio caminho.

Não são privados, pois transcendem à esfera individual, e por isso também são chamados de direitos transindividuais[182]. Também não são públicos, pois o interesse público é aquele que o cidadão, individual ou coletivamente, exerce em face do Estado para fruição de um bem da vida a que todos têm direito: saúde, educação, segurança pública, moradia. Os direitos metaindividuais, por outro lado, pertencem a uma categoria classe ou grupo de pessoas, e *só* a eles[183].

Grinover adverte que o importante para processualidade é que direitos metaindividuais são tutelados por processos coletivos, mas os direitos públicos são tutelados por uma espécie típica do processo coletivo, que é denominado *processo de interesse público* ou *processo estrutural*.

Por fim, o procedimento do processo coletivo, que será denominado genérico, é diferente daquele do processo coletivo estrutural, porque o primeiro deve ser adequado à solução de um conflito coletivo limitado a uma comunidade. Já o segundo deve ser adequado a obter a fruição de direitos sociais (ou prestacionais) assegurados a toda a população e que dependem de políticas públicas[184]. Ambos serão explorados a seguir.

---

[180] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 41.
[181] Em latim, “terceiro tipo”.
[182] Ou metaindividuais.
[183] Exemplo de Grinover (*Ensaios*..., 2016, p. 42): todos os cidadãos, brasileiros ou estrangeiros, têm direito à preservação da Floresta Amazônica. Trata-se de um interesse público. Por outro lado, os habitantes de uma parcela do território da Amazônia (comunidade de pessoas) têm o direito específico a que não seja contaminado o rio cujas margens vivem. Trata-se de interesse metaindividual.
[184] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 42.

1.8.2.1 Ações coletivas genéricas

A ação coletiva[185] consiste-se na ação ajuizada por alguma das entidades possuidoras de legitimidade ativa[186], nos termos do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e do art. 82 do Código de Defesa ao Consumidor, com a finalidade de tutelar direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos[187]. A causa de pedir é fundamentada em interesse coletivo, o pedido busca tutelar uma coletividade e os efeitos da sentença são *erga omnes*[188].

O objetivo da ação coletiva guarda pleno alinhamento com os princípios da universalidade e igualdade próprias das políticas públicas, como do controle judicial. Para exemplificar, é a ação civil pública que requer a condenação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária para um aprovar um novo medicamento, com a consequente necessidade do SUS distribuí-lo gratuitamente. A sentença favorável beneficiará a todos os usuários.

Para Watanabe e outros autores, a ação coletiva surgiu como uma preocupação do legislador, que percebeu que na solução dos conflitos nascidos das relações geradas pela economia de massa, de natureza essencialmente coletiva, o processo deve operar como instrumento de mediação; não apenas como instrumento de solução de lides.

---

[185] Para fins desta pesquisa, ação coletiva é essencialmente a ação civil pública, tendo em vista ser o principal meio hábil para defender coletivamente os direitos sociais perante o Judiciário. Não se ignora, contudo, a existência de outros instrumentos processuais destinados à defesa coletiva de direito (ação popular, ação de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo). O MS coletivo, ademais, é passível de ser utilizado para a defesa dos direitos sociais, mas é não é comumente empregado em razão da limitação do seu escopo pelo "direito líquido e certo".

[186] O Ministério Público; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, meio ambiente, consumidor, ordem econômica, livre concorrência, direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Sobre as ações coletivas passivas, ainda, cf. ZUFELATO, Camilo**.** Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação. *Revista brasileira de direito processual*, v. 69, p. 203-208, 2010.

[187]Segundo a classificação constante do Código de Defesa do Consumidor, os interesses difusos são interesses transindividuais de objeto indivisível e indisponível, e seus titulares são indeterminados. Os interesses coletivos *stricto sensu* também são transindividuais e de objeto indivisível, mas seus titulares são pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária devido a uma relação jurídica base. Os interesses individuais homogêneos, por sua vez, são propriamente individuais e de objeto divisível, mas podem vir a ser tutelados coletivamente devido à sua origem nas mesmas circunstâncias de fato. Os direitos difusos e coletivos *stricto sens*u possuem como elementos comuns a transindividualidade e o objeto indivisível. Eles se diferenciam no que concerne à possibilidade de determinação dos sujeitos: enquanto os interesses difusos possuem sujeitos indeterminados, os interesses coletivos *strictu senso* possuem sujeitos determinados ou determináveis. Os interesses individuais homogêneos possuem em comum com os interesses coletivos *strictu senso* a possibilidade de determinar seus titulares. A semelhança com os interesses difusos consiste em que seus titulares são ligados pela mesma circunstância factual.

[188] Cf. CANELA JUNIOR, *A efetivação dos direitos fundamentais...*, 2009.

A estratégia tradicional de tratamento das disputas era de fragmentar os conflitos essencialmente coletivos em "demandas-átomo". Entretanto, a solução dos conflitos na "dimensão molecular", tais como as demandas coletivas, permitem o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais. Ela evita ainda a banalização que decorre da fragmentação, e confere peso político às causas[189].

Muitas ações coletivas foram encontradas na pesquisa. Umas delas ilustra bem as características desse tipo de demanda[190]. O Ministério Público de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra o Município de Belo Horizonte, requerendo o restabelecimento de convênios firmados com 35 clínicas de habilitação e reabilitação que foram descredenciadas pela Administração. Elas atendiam pelo menos 6.500 crianças e adolescentes que tiveram tratamento de saúde mental interrompido. As instâncias ordinárias concederam o pedido, afirmando que o Estado tem o dever de zelar, com prioridade absoluta, pelo atendimento eficaz de crianças e adolescentes que apresentam as condições de saúde retratadas.

Nota-se que, no caso, a ação foi ajuizada por legitimado ativo (Ministério Público), com base em direito coletivo lato sensu (direito constitucional da criança e do adolescente à saúde), tendo o pedido a finalidade de beneficiar uma coletividade indeterminada (todas as crianças e adolescentes munícipes de Belo Horizonte). O resultado do acórdão produziu efeitos *erga omnes* (todos aqueles que precisavam da terapia).

1.8.2.2 Ações coletivas estratégicas

Como já consignado, conflitos de interesse público, ou estratégicos, são os que surgem na sociedade em função da impossibilidade ou dificuldade de fruição dos direitos fundamentais sociais, de natureza prestacional. Eles envolvem a atuação do Estado, obrigado a prestações positivas, nem sempre cumpridas, ou indevidamente cumpridas. São conflitos com os sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições destinadas à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana[191].

Desses conflitos, derivam litígios de interesse público, com seu histórico iniciado pelo caso *Brown vs. Board Education of Topeka*. A partir dele, foi-se reconhecendo a existência de uma relevante categoria de litígios de direito público, que deveriam ser

---

[189]GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto (1991). 10. ed. Rio de janeiro: Forense, 2011, p. 4.
[190] STF, AgR no RE 745.745 MG.
[191] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 48.

diferenciados não apenas da tutela processual destinada a solucionar conflitos privados, mas até da tutela coletiva genérica, considerando que o diálogo que se estabelece no processo tem natureza institucional, envolvendo outros poderes estatais.

Segundo Grinover, o posicionamento mais representativo a favor da intervenção do Judiciário no controle de políticas públicas[192] foi construído, no Brasil, sobretudo por obra do STF, a partir do *leading case da* ADPF 45[193]. Nela foram fixados os já mencionados limites de intervenção judicial em políticas públicas: mínimo existencial (proteção de um bem indispensável à dignidade humana), reserva do possível (existência de recursos financeiros) e razoabilidade (resolvida pela aplicação do princípio da proporcionalidade ou do justo equilíbrio) [194].

Para a doutrinadora, a posição da Corte Suprema é firme em autorizar a possibilidade, e até mesmo a necessidade, de controle políticas públicas[195], como se confirmará na análise dos julgados adiante.

Contudo, para que o controle judicial seja feito de maneira justa, equilibrada e exequível, Grinover defende a necessidade da instituição de um novo processo adequado à solução de conflitos de interesse público: o processo estrutural.

Nele, deve se levar em conta que o diálogo processual não pode se limitar às partes, porque tem natureza institucional. Disso decorre que a construção e execução da política pública devem envolver a colaboração dos outros poderes, preferivelmente pela via de

---

[192] Rebatendo os argumentos de infringência aos princípios da separação dos poderes e à vedação do controle do mérito da atuação administrativa.

[193] Analisada no tópico 2.7.

[194] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 50.

[195] No capítulo 3 serão analisadas decisões do STF. Mais recentemente, v. RE 592591 RS, Min Rel. Ricardo Lewandovsky, j. 13.08.2015. O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, assentou a seguinte tese: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes". Quantos aos limites, o Min. Rel. assim fundamenta: [...] nesse ponto, cumpre esclarecer que, não se está a afirmar que é dado ao Judiciário intervir, de ofício, em todas as situações em que direitos fundamentais se vejam em perigo. Dito de outro modo, não cabe aos magistrados agir sem que haja adequada provocação ou fundados apenas em um juízo puramente discricionário, transmudando-se em verdadeiros administradores públicos. Aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um "não fazer" comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados. Em nenhum momento aqui se afirma que é lícito ao Judiciário implementar políticas públicas de forma ampla, muito menos que lhe compete 'impor sua própria convicção política, quando há várias possíveis e a maioria escolheu uma determinada'. Não obstante, o que se assevera, com toda a convicção, é que lhe incumbe, em casos como este sob análise, exercer o seu poder contramajoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana. "

soluções consensuais. O contraditório também deve se abrir e a participação da sociedade civil deve ser incentivada por todos os meios. A cognição do juiz precisa ser ampliada, servindo-se de assessorias especializadas e das próprias informações do Poder Público para que, se não houver acordo, o magistrado se dê conta dos efeitos de sua decisão.

As decisões também não devem se ater sobre fatos passados aos quais aplicar a lei, mas se projetarem para o futuro, em uma dimensão perspectiva. A ordem do juiz não deve ser mais a de "pague" ou "faça", mas sim uma indicação dos passos para que se chegue ao resultado almejado pela sentença[196].

O cumprimento de sentença, por sua vez, deve ser flexibilizado, com a participação da administração. Para a autora, seria conveniente delegar o acompanhamento a um terceiro independente, pertence a órgãos públicos ou privados, que se ocupe de acompanhar as diversas fases da execução[197], sempre em comunicação estreita com o juiz[198].

Para Grinover, a existência de um processo estrutural, que olha para o futuro, criando novas situações jurídicas, torna sem sentido a controvérsia entre a teoria monista e da teoria dualista do processo. Segundo a primeira, é o processo que cria o direito[199]. Pela segunda, o processo só declara o direito pré-existente, já regulado pelo direito material[200]. Com isso surgiram discussões terminológicas sobre a "composição do conflito" (feita pelo processo, pela teoria monista) e a "solução do conflito" (de acordo com o direito material, pela dualista).

A realidade mostra que existem processos, como os tradicionais, que efetivamente limitam-se a aplicar o direito pré-existente. Todavia, os processos estruturais criam a regra

---

[196] Uma breve ressalva. Tem-se dito que a sentença que se projeta para o futuro não é exclusividade do processo estrutural, pois também no processo comum a sentença pode dar ordens para o futuro (no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, por exemplo). Ocorre que no processo individual tradicional (individual ou coletivo), as sentenças são sempre proferidas com base no exame de fatos ocorridos no passado. No processo de interesse público, contudo, olha-se para o *presente*, para *transformar a realidade*, estruturalmente, para o futuro (GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 51).

[197] Aprovação do planejamento, cronograma de execução, controle, adaptações dos planos iniciais.

[198] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 52.

[199] Para essa teoria o *direito material* não consegue regular todas as situações conflituosas/litigiosas, precisando do processo para complementar o comando abstrato previsto na norma jurídica. Isto significa, que os direitos e obrigações subjetivos só surgem com a sentença do juiz. Neste sentido o processo busca compor a lide, criar o preceito jurídico que vai regular o caso concreto (CARNELUTTI, Francesco (1879-1965). *Instituiciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa America, 1973. No original italiano, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* (1942).

[200] Por essa teoria, a norma jurídica do direito material regula as regras sociais em abstrato e concretiza-se no momento em que um fato da vida subsume à hipótese abstrata nela contida, criando direitos subjetivos e obrigações. A norma jurídica de direito processual tem a função de propiciar instrumentos para a efetivação da norma jurídica do direito material. Não participa da criação de direitos e obrigações subjetivos, mas apenas da sua realização prática (CHIOVENDA, Giuseppe (1872-1937). *Instituições de direito processual civil.* 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2008. No original italiano, *Saggi di diritto processuale civile*, 1903).

que vai reger a situação jurídica no futuro. No ordenamento brasileiro, inclusive, admite-se a função criadora da jurisprudência[201].

Convém esclarecer, como já apontado, que o processo estrutural não é novo[202]. Uma série de decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao longo da presidência de Earl Warren[203] (1953-1969), seguido pelos primeiros anos da presidência de Warren Burguer[204] (1969-1986) caracterizam o já mencionado fenômeno do *ativismo judicia*l[205]. Tais decisões foram proferidas em litígios estratégicos[206], que ficaram conhecidos como *public interest litigation (*processo de interesse público), na expressão da Abram Chayes[207].

O caso *Brown vs. Board Education of Topeka* (1954)¸ originário desse período, foi o precursor em instituir a possibilidade de intervenção do Judiciário para restabelecer valores constitucionais. Trata-se de uma ação coletiva ajuizada contra o município de Topeka, no Kansas, em que treze pais reclamavam contra a política de segregação racial permitida nas escolas fundamentais da cidade. Após longa tramitação e amplo debate, a Suprema Corte, em decisão unânime[208], concluiu pela inconstitucionalidade da prática impugnada, por violação à 14ª Emenda à Constituição dos EUA[209], pondo fim à prática até então autorizada pela doutrina dos "separados, mas iguais[210]".

---

[201] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 52

[202] V. OLIVEIRA, Júlio Cesar de. *Direitos sociais em juízo*: execução judicial e o desafio da efetividade da tutela jurisdicional coletiva. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

[203] Earl Warren (1891–1974) foi governador da Califórnia entre 1943 e 1953 e Chefe de Justiça dos Estados Unidos de 1953 a 1969.Durante o seu exercício do cargo no Supremo Tribunal, recebeu muitas queixas sobre inconstitucionalidades, como sobre leis de segregação racial, direitos civis, separação das igrejas e do estado, direitos de defesa e enquadramento penal. Presidiu à Comissão Warren, que investigou o Assassinato de John F. Kennedy (1917-1963).) .

[204] Warren Earl Burger (1907-1995) foi Chefe de Justiça dos Estados Unidos, de 1969 a 1986.

[205] "Depois desse período, a Suprema Corte foi envolvida por uma onda conservador, com a nomeação de juízes que tinham uma visão severamente crítica do ativismo judicial e dos avanços obtidos" (p. 2). BARROSO, Luís Roberto. *Americanização do direito constitucional e seus paradoxos*: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf.

[206] BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflitos de interés publico en Argentina*. 2014. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes

[207] CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, vol. 89, May 1976, n. 7, p. 1281-1316.

[208] Por uma análise dos bastidores da formação dessa decisão, v. REHNQUIST, William. *The Supreme Court*. New York: Vintage, 2002, p. 196-197; *The Supreme Court in conference (1940-1985) – the private discussions behind nearly 300 Supreme Court decisions*. Del Dickson. New York: Oxford, 2001.

[209] *Supreme Court of the United States*, 347 U. S. 483 (1954). Emenda XIV, ratificada em 9 de julho de 1868: Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência.

[210] *Plessy* v. *Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896). V. MACIEL, Alvaro dos Santos. O delineamento histórico-jurídico das ações afirmativas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010.

Um ano mais tarde, em 1955, diante de queixas de várias escolas quanto às dificuldades em implantar a nova política de não discriminação, a Suprema Corte norte-americana teve que reexaminar a questão, na decisão de *Brown* v. *Board of Education II*[211].

Nela, em razão da resistência de muitos Estados a primeira decisão, decidiu-se que o cumprimento da ordem de não segregação de crianças negras em escolas deveria se dar progressiva adoção de medidas que eliminassem os obstáculos criados pela discriminação, sob a supervisão das cortes locais. A Suprema Corte autorizou a criação de planos, cuja execução seria acompanhada pelo juiz local, que tendessem à eliminação de toda forma de discriminação nas escolas. Esses planos demandariam tempo e precisariam se conformar às peculiaridades de cada lugar. Assim, foi proferida uma decisão mais factível[212].

A questão da segregação racial nos Estados Unidos por certo não foi eliminada nem com essas, nem com outras decisões judiciais[213]. Portanto, a forma utilizada nesse julgamento permitiu a construção das bases para a ideia das *structural injunctions*, como um instrumento mais flexível de solução das controvérsias. A partir do desenvolvimento dessa noção, vários provimentos estruturais têm sido usados pelos tribunais norte-americanos.

A propósito dessas ações, em 1989, Fábio Comparato já defendia que se tratam de processos judiciais específicos, com o objetivo de exigir a execução das políticas governamentais[214]. São ações que se diferenciam dos processos individuais, não apenas pelo seu tratamento coletivo, mas também porque os autores não litigam por interesse próprio, "agem sem mandato na defesa de interesses coletivos". O objetivo da demanda não seria resolver um litígio composto por fatos já acontecidos, mas editar normas de conduta para guiar o comportamento do réu no futuro. O provimento judicial não seria necessariamente imposto, mas com frequência negociado entre as partes. O juiz não decidiria questões de direito sobre a interpretação de normas jurídicas, mas soluciona problemas de natureza econômica ou social, com o auxílio dos mais diferentes expertos, para criar normas gerais a partir dos fatos presentes e da evolução previsível. Em suma, processos dessa natureza

---

[211] Ver MAZZOTI, Marcelo. *Jurisdição constitucional e ativismo judiciário*: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

[212] ARENHART, S. C. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 59, p. 67-85, 2014, p. 7.

[213] O professor americano Owen Fiss, aliás, relata as idas e vindas da Suprema Corte norte-americana na tentativa de erradicação da segregação racial nas escolas daquele país (FISS, Owen. *The forms of justice*, 93 Harvard Law Review 1, 1979, p. 3-5).

[214] COMPARATO, Fabio Konder. Novas funções judiciais no Estado Moderno. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 614/1986, dez./89, p. 14/22.

desembocam em sentenças normativas. A atividade judicial é menos jurisdicional, que regulamentar.

Para Carlos Alberto de Salles, no Brasil, o atendimento judicial de demandas coletivas, por meio da ação civil pública, desencadeou o surgimento de um novo modelo jurisdicional, caracterizado pela adjudicação do interesse público em situações concretas[215]. Ao menos desde 2009, autor observa que o Brasil não vive situação semelhante ao ativismo americano das décadas de 50 e 60, mas que a ação civil pública ganha significativo crescimento em número e relevância[216].

Convém ressaltar que as decisões citadas nos EUA promoveram verdadeiras reformas nas estruturas sociais[217]. Essas decisões são caracterizadas como *structural injunctions,* uma das espécies de *injunction,* instrumento característico do direito americano[218].

As *structural injunction,* ou provimentos estruturais, assumem a forma de uma "nova instituição", criada para acompanhar, efetivar e refletir sobre a realização do escopo da tutela judicial contemporânea. Sérgio Arenhart defende que os provimentos estruturais foram pensados para lidar com o caráter burocrático do Estado atual. Por isso, seu papel não é apenas o de eliminar uma determinada conduta ilícita, impondo um fazer ou uma abstenção. Ao contrário, sua finalidade se dirigiria à reestruturação dessa relação burocrática, de modo a alterar a forma como as interações sociais ocorre. Por isso, são medidas de longo prazo, que exigem muito mais do que uma "simples" decisão do Estado[219].

---

[215] SALLES, Carlos Alberto. *Injunctions* e *contempt of court* em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela Coletiva* - 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2006. V. ainda: SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: Carlos Alberto de Salles (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

[216] SALLES, Carlos Alberto. *Class actions*: algumas premissas para comparação. *Revista de Processo*, v. 34, n. 174, p. 215-236, ago. 2009.

[217] V. FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

[218] Sem correspondência no ordenamento brasileiro, pois não há nos Estados Unidos uma divisão clara entre processo de conhecimento e execução como no Brasil, as *injunctions* podem ser definidas como um "mandado judicial de obrigação de fazer, determinando ao réu praticar ou deixar de praticar determinado ato ou conduta. Assim, dentro das premissas do nosso direito, a *injunction* é fundamental uma medida executiva" (SALLES, *Injunctions*..., 2006, p. 98-99). Cf. ainda, do mesmo autor, *Execução judicial*…, 1988. V ainda, ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica* (Lisboa), Porto Alegre - RS, v. 318, p. 07-23, 2004.

[219] ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 211-232, 2015.

Saindo dos EUA e indo para a América Latina, um caso emblemático foi "Beatriz Mendonça", ocorrido em 2004 e conduzido pela Suprema Corte da Argentina. A ação teve como autores grupos de indivíduos afetados pela contaminação o rio Matanza-Riachuelo, incluindo a cidadã que dá nome ao caso, diversas associações ambientalistas e o Defensor do Povo[220]. Os réus foram o Estado Nacional, a Província de Buenos Aires, a Cidade Autônoma de Buenos Aires e um grupo de 44 empresas que derramavam substâncias poluentes no rio[221].

A Corte utilizou de forma livre seus poderes ordenatórios, flexibilizou o princípio preclusivo e determinou aos réus a apresentação de um planejamento para descontaminação do rio. Em julho de 2008, a questão foi julgada definitivamente. A decisão destacou que seus efeitos se projetariam para futuros, fixando critérios gerais para seu cumprimento, mas respeitando a forma, dentro da discricionariedade da Administração.

A execução previu a participação cidadã no controle do cumprimento do plano de saneamento. A coordenação foi conferida ao Defensor do Povo, mediante a formação de um colegiado integrado pelas organizações não governamentais intervenientes na causa. Segundo Roberto Berizonce, a execução está ainda sendo cumprida de forma gradual e progressiva, observando o cronograma apresentado. Outros casos foram conduzidos de maneira semelhante pela Suprema Corte Argentina[222].

Já na Colômbia, a Corte Constitucional, conhecida pelo ativismo na proteção de direitos fundamentais coletivos, desde a década de 1990 vem elaborando a chamada

---

[220]Disponível em:
<http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/2007-07-20-Caso-Mendoza-Riachuelo.pdf>

[221] BERIZONCE, Roberto Omar. Los conflitos de interés público. In: *Revista Peruana de Derecho Processal*. N. 17. Ano XVIII. Lima: Editorial Comunitas, 2013, p. 138.

[222] Diferentemente do Brasil, as Cortes argentinas verificam não apenas a constitucionalidade e legalidade da execução das políticas, mas também deu planejamento. Os casos de controle judicial apreciados classificam-se em: (i) intervenção para transformar política pública discricionária em obrigatória; (ii) intervenção como análise da constitucionalidade, legalidade e aptidão da política para satisfazer o direito tutelado (sendo detectada incompatibilidade, o Judiciário somente expede instrução às autoridades responsáveis para que reformulem a política); (ii) intervenção em caso de omissão da Administração (Judiciário determina seu suprimento); (iv) intervenção que se limita a declaração de inconstitucionalidade da omissão, sem aplicação de medida reparadora ou sancionatória, com a finalidade de servir como mecanismo de pressão. Identificada a situação em que se enquadra um novo processo, os tribunais conseguem aplicar as melhores técnicas e procedimentos a serem utilizados. De tal forma como no Brasil, o acervo instrumental não foi dado pelo legislador, mas construído pelo Judiciário, da Corte Suprema aos juízos monocráticos (v. BERIZONCE, *Los conflitos...*, 2013, p. 139).

"doutrina jurisprudencial" em processos estruturais[223], já aplicada em relação ao problema carcerário[224] e ao direito à saúde[225].

Seguindo os mesmos princípios, diversos países hoje acolhem a possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas por meio do processo de interesse público, como a Índia e a África do Sul[226].

Para Grinover, os tribunais brasileiros, em geral, não têm tido o mesmo cuidado, pois é vista a reiterada substituição do administrador pelo juiz. Após a sentença condenatória, rígida e fixa, seu cumprimento por vezes tem sido difícil ou inexequível. Nesses casos, o processo e o procedimento comum não foram adequados para a solução do conflito estrutural[227]. Exemplos são o caso do Hospital Municipal Salgado Filho e o caso das creches no Município de São Paulo.

No primeiro, o MP-RJ ajuizou ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro para vê-lo condenado a abrir concurso público para provimento de médicos e técnicos no referido Hospital. Pediu também que fossem nomeados e empossados os aprovados em concurso anterior. A sentença foi de improcedência. Veio a apelação e o TJ-RJ, em 2014, deu provimento ao recurso:

> [...] determinando ao Município do Rio de Janeiro, os suprimentos do déficit de pessoal mencionado no demonstrativo encaminhado pela própria direção do hospital, através da realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, com a nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no Cartório do Conselho Regional de Medicina, no prazo de 6 meses, sob pena de multa diária de R$5.000,00.

O referido demonstrativo é de 2002, que fixou a necessidade de 79 médicos, 3 odontólogos, 89 enfermeiros e 112 técnicos. Por certo, diversos cargos podem ter sido providos no período de 12 anos e atualmente o número é irreal. As circunstâncias fáticas, econômicas e até jurídicas possivelmente foram alteradas, sendo irrazoável que a

---

[223] V. YEPES, Rodrigo. La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. In: PALACIO, Juan Manuel; CANDIOTI, Magdalena (Comp.). *Justicia, políticia y derecho en América Latina*: Buenos Aires: Prometeo, 2007.

[224] Sentença T-183, de 1998. V. BERIZONCE, *Los conflitos*…, 2013, p. 20.

[225] Sentença SU 760, de 1998. V. também BALANTA MEDINA, El juez como protagonista de las políticas públicas. In: *30 Congresso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, ULC, 2009, p. 462-464.

[226] V. Controle judicial de políticas públicas no Brasil e no exterior, da Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, edição especial 2013. Disponível em: <http://app.tjrj.jus.br/revista-juridica/especial/files/assets/downloads/publication.pdf>

[227] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 54.

condenação engesse a atuação da Administração, segundo Grinover[228]. A decisão seria desproporcional, violando a proibição do excesso.

O caso encontra-se agora no STF, pelo RE 684612, sob a relatoria da Min. Carmen Lúcia, reconhecida sua repercussão geral. Grinover entende que só a administração hospitalar e o Município poderão apresentar a relação correta do número de cargos efetivamente necessários, bem como do planejamento necessário para preenchê-los; e não o Judiciário ou o Ministério Público sozinhos.

O segundo caso refere-se à falta crônica de creches e pré-escolas públicas no Município de São Paulo. Isso levou ao ajuizamento de ação civil pública por diversas associações que formaram o movimento "Creche para Todos". A ACP visou condenar o Município na imediata construção de creches para atender a 736 crianças, além da apresentação de plano de ampliação de vagas, de acordo com o Plano Nacional de Educação.

A ação foi julgada improcedente, mas em 2013, o TJ-SP reformou a sentença[229], após emblemática audiência pública, para:

> 1. Obrigar o Município de São Paulo a criar, entre os anos de 2014 e 2016, no mínimo, l50 (cento e cinquenta) mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade, disponibilizando 50% nos primeiros l8 meses, das quais l05 em tempo integral em creche para crianças de zero a 3 anos idade, de forma a eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da educação ofertada, observando-se para tanto, quer quanto as unidades de ensino já existentes na rede escolar, quer referentemente àquelas que vierem a ser criada, as normas básicas editadas pelo Conselho Nacional de Educação e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação.
> 2. Obrigar o Município de São Paulo a incluir na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada.
> 3. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar a este Juízo, no prazo máximo de 60 dias, plano de ampliação de vagas e de construção de unidades de educação infantil para atendimento do estipulado no item "l".
> 4. Obrigar o Município de São Paulo a apresentar, semestralmente, relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito do cumprimento da obrigação fixada no item "l". A esses relatórios terão acesso, no exercício de monitoramento, a Coordenadoria da lnfância e da Juventude, a quem caberá, como posto no Acórdão que apreciou o Agravo Regimental já mencionado, fornecer ao Juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado e articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, se necessário, a forma de acompanhamento da execução da decisão, seja no tocante à criação de novas vagas, seja no referente ao oferecimento de educação com qualidade, nos termos do que está sendo determinado.

---

[228] V. GRINOVER, *Caminhos e descaminhos*..., 2016.
[229] Apelação 0150735-64-2008-8.26002, j. 16.12.2013

> Fica claro que esse monitoramento não retira do Juiz do processo o poder de determinar, de oficio ou a requerimento das partes, outras medidas que se fizerem necessárias, para que a decisão tenha efetividade. Uma vez ordenada prestação de informações pela Municipalidade de São Paulo, bem como o acesso a elas que terão os órgãos referidos, não há razão para fixar penalidade pelo descumprimento das obrigações impostas e, com sugerido pelas apelantes em memorial, o bloqueio de verbas, para remanejamento, das rubricas orçamentárias destinadas à publicidade institucional na Lei Orçamentária em vigor, sendo certo, ademais, que, a qualquer momento o Juiz do processo, poderá fixar astreintes para compelir os responsáveis a cumprir as determinações.

A fixação do número de creches fundamentou-se no fato de que o Município assumiu o compromisso no Programa de Metas 20l3-20l6 para atender toda a população demandante por educação infantil, mais especificamente por meio da criação de 150 mil novas vagas na rede municipal.

Nesses dois exemplos, segundo Grinover, o Judiciário não se atentou que a obrigação de fazer, para ser cumprida, deve ser razoável, equilibrada, aberta e construída de comum acordo com a Administração. O contrário ocorreu: as condenações configuraram a substituição da atividade do administrador pela atividade do juiz, o que deve ser evitado a todo custo no controle jurisdicional de políticas públicas[230].

Entre decisões que Grinover entende equivocadas, ressalva-se o acertado *caso do carvão de Criciúma*, que seguiu os parâmetros do processo estrutural[231]. Esse caso tem início em 1993, quando o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública[232] na Justiça Federal de Criciúma, pedindo a condenação de mineradoras diversas, do Estado de Santa Catarina e da União (totalizando 24 rés) em concretizar o projeto de recuperação ambiental na região degradada pelas empresas.

Em janeiro de 2000, foi proferida sentença que impôs aos réus oferecer em seis meses um projeto de recuperação da região, contemplando, ao menos:

> [...] todos os itens assinalados no PROVIDA-SC, com cronograma mensal de etapas a serem executadas, e executar dito projeto no prazo de 3 (três) anos, contemplando as áreas de depósitos de rejeitos, áreas mineradas a céu aberto e minas abandonadas, bem como o desassoreamento, fixação de barrancas, descontaminação e retificação dos cursos d'água, além de outras obras que visem amenizar os danos sofridos principalmente pela população dos municípios-sede da extração e do beneficiamento.

---

[230] Cf. GRINOVER, *Caminhos e descaminhos*..., 2016.

[231] V. ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 211-232, 2015.

[232] Autos n. 93.8000533-4.

Foi cominada multa coercitiva e imposta medida de sub-rogação consistente na contratação de terceiro para a elaboração e execução do projeto, à custa dos condenados. A sentença ainda impôs às mineradoras que adequassem suas condutas às normas de proteção ambiental, em 60 dias, sob pena de interdição; e aos órgãos de proteção ambiental e de fiscalização de mineração o dever de apresentar relatório circunstanciado de fiscalização de todas as minas em atividade naquela região.

Vieram as apelações. O TRF-4 excluiu os sócios das carboníferas, além de uma delas, e ampliou o prazo para a recuperação ambiental.

Vieram os recursos especiais. A extensão da responsabilidade dos condenados foi rearranjada.

Vieram os recursos extraordinários, que não foram admitidos, também após os agravos regimentais. A ação transitou em julgado em setembro de 2014.

Nesse ínterim, o MPF deu início à execução provisória da sentença, que, embora estivesse sujeita ao reexame necessário, teve seu início autorizado em antecipação de tutela. A complexidade da matéria recomendou que o cumprimento se desdobrasse em várias fases, também desmembradas em procedimentos autônomos, um para cada réu condenado.

Na primeira fase, que vai de 2000 a 2004, a dimensão do problema e a extensão da condenação não estavam muito bem delineadas. A sentença havia determinado a obrigação genérica de reparação do dano ambiental. O objetivo então era obter informações para subsidiar as medidas posteriores.

A segunda fase, de 2004 a 2005, consolida a estratégia do MPF. Valendo-se de sua assessoria técnica, de informações do Ministério do Meio Ambiente e do Departamento Nacional de Produção Mineral, conseguiu identificar as fragilidades das informações antes trazidas pelas rés, e adotar medidas para padronizar os projetos apresentados.

Na terceira fase, de 2006 a 2009, os réus foram efetivamente obrigados a apresentar os projetos segundo a padronização indicada pelo MPF. Criou-se também o Grupo de Assessoramento Técnico do Juízo (GTA), formado por representantes técnicos de todas as partes e por sujeitos externos ao processo, ligados à questão ambiental. As decisões do GTA não seriam tomadas por maioria de votos, mas por consenso. Segundo Arenhart, tratou-se de manobra vital para a redução da litigiosidade interna do processo e para a redução de eventuais incidentes e recursos na efetivação da sentença[233].

---

[233] Cf. ARENHART, *Processos estruturais*..., 2015.

Proposta de indicadores ambientais e um plano de monitoramento para as áreas degradadas também foram elaborados. Com esses documentos, conseguiu-se firmar 19 acordos com os réus para a recuperação dos danos. O resultado foi que 73% das áreas atingidas passaram a contar com um cronograma de atividades para a recuperação, a ser executado até o ano de 2020.

Na quarta fase, deu-se o efetivo cumprimento da sentença, pautada no contato dialogado das partes e seus técnicos. Foi construído, inclusive, um *site* para permitir o acompanhamento das medidas pelo público, de modo a engajar a sociedade civil.

Após a análise desses casos, Grinover conclui que seria oportuno regular, legislativamente, um novo processo destinado a disciplinar o controle jurisdicional de políticas púbicas, com as características indicadas, o que daria maior equilíbrio no embate entre os poderes[234]. Nesse sentido, já tramita o PL 8.058/14 na Câmara dos Deputados que será explorado no tópico 1.11.

Porém o que fazer *de lege lata*[235]*?* Grinover entende que o caminho é se inspirar nos demais países citados. É necessário moldar um novo procedimento, adequado ao conflito de interesse público, com comandos abertos, sucessivos, concatenados e pautados no diálogo.

O STF, inclusive em decisão cautelar na ADPF 347, em que a situação carcerária foi enquadrada como "estado de coisas inconstitucional"[236], já demonstra que está na busca de soluções estruturais. Nesse caso, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou ADPF pedindo que o STF declarasse que a situação atual do sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos[237]. Em razão disso, requer que a Corte determine à União e aos Estados que tomem uma série de providências com o objetivo de sanar as lesões aos direitos dos presos.

Na petição inicial, que foi subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento, defende-se que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional" (ECI). Foram apontados os pressupostos que caracterizam esse ECI:

a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais;

b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura;

---

[234] GRINOVER, *Ensaios*..., 2016, p. 55.
[235] Do latim, "sem alteração da lei".
[236] Expressão já utilizada pela Corte Constitucional da Colômbia. V. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodvim, 2016.
[237] STF. Plenário. ADPF 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 09.09.2015, Info 798.

c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema.

A ação foi proposta contra a União e todos os Estados-membros. Pede-se que o STF reconheça a existência do ECI e que determine o seguinte aos juízes brasileiros:

a) quando forem decretar ou manter prisões provisórias, fundamentem essa decisão dizendo expressamente o motivo pelo qual estão aplicando a prisão e não uma das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP;

b) implementem, no prazo máximo de 90 dias, as audiências de custódia[238];

c) quando forem impor cautelares penais, aplicar pena ou decidir algo na execução penal, levem em consideração, de forma expressa e fundamentada, o "quadro dramático" do sistema penitenciário brasileiro;

d) estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão;

e) abrandar os requisitos temporais necessários para que o preso goze de benefícios e direitos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando ficar demonstrado que as condições de cumprimento da pena estão, na prática, mais severas do que as previstas na lei em virtude do quadro do sistema carcerário;

f) abatam o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei.

O STF ainda deveria obrigar que (g) o CNJ coordene um mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal em curso no País que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas "e" e "f".

O STF deveria, por fim, obrigar que a União (h) libere, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

A Corte Suprema decidiu conceder, parcialmente, a medida liminar e deferiu apenas os pedidos "b" (audiência de custódia) e "h" (liberação das verbas do FUNPEN).

O Plenário reconheceu que no sistema prisional brasileiro realmente há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas. Diante disso, o STF

---

[238] Sobre as audiências de custódia, v. ADI 5240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, j. 20.8.2015.

declarou que diversos dispositivos constitucionais, documentos internacionais (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais estão sendo desrespeitadas.

Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentam o aumento da criminalidade, pois transformam pequenos delinquentes em "monstros do crime". A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves.

Vale ressaltar que a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. Assim, caberia ao STF o papel de retirar os demais poderes da inércia, coordenar ações visando a resolver o problema e monitorar os resultados alcançados. A intervenção judicial é necessária diante da incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas.

No entanto, o Plenário entendeu que o STF não pode substituir o papel do Legislativo e do Executivo na consecução de suas tarefas próprias. Em outras palavras, o Judiciário deverá superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar, porém, esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Nesse sentido, não lhe incumbe definir o conteúdo próprio dessas políticas, os detalhes dos meios a serem empregados.

Com base nessas considerações, foram indeferidos os pedidos "e"e "f". Quanto aos pedidos "a", "c" e "d", o STF entendeu que seria desnecessário ordenar aos juízes e Tribunais que fizessem isso porque já são deveres impostos a todos os magistrados pela CF/88 e pelas leis. Logo, não havia sentido em o STF declará-los obrigatórios, o que seria apenas um reforço.

Concluída essa breve exposição das ações coletivas estruturais, trata-se em seguida de tipos de demandas denominadas pela doutrina de "pseudoindividuais" e "pseudocoletivas".

1.8.3 AÇÕES PSEUDOINDIVUAIS

Exemplo das tutelas "distorcidas" na judicialização de políticas públicas, apesar de muito utilizadas na prática forense, são aquelas que os efeitos da ação individual são coletivos, ou os efeitos da ação coletiva são individuais.

A ação pseudoindividual é uma demanda proposta de forma individual, mas que se funda sobre uma relação jurídica material de natureza plurissubjetiva e incindível, que somente poderia ser objeto de uma ação coletiva.

A relação jurídica de direito material contida nas ações pseudoindividuais é idêntica às relações jurídicas de direito material que ensejam o litisconsórcio unitário[239]. O litisconsórcio unitário ativo, embora seja uma situação facultativa e não obrigatória no ordenamento jurídico brasileiro, é aquele em que a natureza da relação de direito material existente entre os diversos sujeitos que participam do processo exige uma solução única, unitária, uniforme, isonômica. É o exemplo da anulação de casamento requerida pelo Ministério Público, em que não é possível que a demanda seja julgada procedente em face de um dos cônjuges e improcedente em relação ao outro.

No campo dos direitos coletivos, há casos em que o indivíduo ingressa em juízo de forma individual, mas o seu pedido guarda uma relação de direito material mais ampla, que afeta uma coletividade e é, ao mesmo tempo, é incindível. Estes casos reclamam por uma solução única para todas essas pessoas, como no exemplo de demanda proposta por apenas um sócio pleiteando a anulação de decisão da assembleia de uma S/A, pois é uma suficiente única ação[241].

Kazuo Watanabe argumenta que as ações individuais, baseadas em relações materiais incindíveis, não são desejáveis, pois permitem a repetição de demandas individuais, que podem originar a decisões conflitantes, tanto do ponto de vista lógico quanto prático. O autor defende que as ações individuais baseadas em relação jurídica substancial de natureza incindível deveriam ser proibidas. Outra solução seria determinar a suspensão das ações individuais diante de uma ação coletiva, mas o autor ressalta que não há atualmente regra explícita nesse sentido, o que leva a problemas na administração da justiça[242].

---

[239] Sobre o litisconsórcio, v. arts. 113 a 118 do CPC/15.

[241] WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: *Revista de Processo*, v. 139, set. 2006.

[242] WATANABE, *Relação*..., 2006. V. também GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e nulidade do processo (matéria que independe de prequestionamento). *Revista dos Tribunais*, vol. 804, outubro, 2002.

Um último desdobramento seria a "ação individual de efeitos coletivos". Consiste-se em ação ajuizada como sendo individual, mas em função do seu pedido, os efeitos da sentença podem acabar atingindo a coletividade. Assim, se um indivíduo pleiteia prótese importada que esteja excluída do seu plano de saúde, e também pede a revisão de cláusula contratual, pode ocorrer o seguinte:

a) o juiz só determina que a prótese lhe seja fornecida, o que configuraria a ação como individual;
b) o juiz determina que a cláusula contratual seja revista, para beneficiar a todos os usuários do plano, tratando o pedido individual como tendo efeitos coletivos.

O segundo caso é ação individual com efeitos coletivos.

O Projeto do CPC/15 propunha a criação do "incidente e conversão da demanda individual em coletiva" (art. 333), aplicável em duas situações de repercussões coletivas da ação individual. Ocorre que dispositivo foi vetado pela Presidência da República, na promulgação da Lei 13.105/15[243].

Já o PL 8.058/14 dispõe no capítulo referente às ações individuais sobre a possibilidade de sua conversão em ação coletiva. Pelo art. 30, diante da relevância social da causa, o juiz pode converter a ação individual em coletiva, desde que o bem jurídico seja indivisível e demande solução uniforme.

Nesta pesquisa não foi encontrado nenhum caso categorizável com ação individual de efeitos coletivos, o que não exclui a relevância do tema, principalmente aspecto prospectivo.

1.8.4 AÇÕES PSEUDOCOLETIVAS

A ação pseudocoletiva consiste-se em ação ajuizada por entidade possuidora de legitimidade ativa[244], nos termos do art. 5º da Lei de Ação Civil Pública e do art. 82 do

[243] Razões do veto: "Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/leia-razoes-sete-vetos-dilma-rousseff-cpc>

[244] O Ministério Público; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio

Código de Defesa ao Consumidor, mas com a finalidade de tutelar de direitos de apenas um indivíduo[245].

A causa de pedir é fundamentada em direito individual indisponível, o pedido busca tutelar apenas um indivíduo, ou poucos indivíduos em litisconsórcio, e os efeitos da sentença são *inter partes*.

A jurisprudência do STJ, respaldada na do STF, reconhece como função do Ministério Público "buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa pobre, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada, poderá causar, prematuramente, a sua morte"[246].

No TJ-SP[247], são encontradas ações movidas pelo MP para condenar o Estado ao tratamento em câmara hiperbárica para único indivíduo diabético. O tribunal justificou a decisão pelo caráter pragmático do direito constitucional à saúde, afirmando que o ente público não pode se eximir do cumprimento de sua obrigação sob pretextos de repartição de competências, falta de numerário ou ausência de padronização dos fornecimentos do SUS.

Na obra coordenada por Ada Grinover e Luciana Sica, conclui-se que se trata de escolha equivocada, pois o microssistema de processos coletivos serve à tutela de interesses ou direitos supraindividuais; não dos individuais. Nesses casos, a legitimação do Ministério Público não deriva das regras que regem o processo coletivo, mas da previsão constitucional que lhe confere o encargo de defender os direitos indisponíveis (art. 127, caput, CF).

A pesquisa das autoras conclui que o MP teria tentado dar tratamento coletivo aos pedidos, postulando a extensão dos efeitos da sentença a outros indivíduos que se encontrem na mesma situação. Todavia, o Judiciário tem negado os pedidos, em razão da prova produzida em relação a um único indivíduo não ter a amplitude necessária para se estender aos demais componentes de um hipotético grupo[248].

público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

[245] V. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: Hermes Zanetti Jr. (Org.). *Repercussões do Novo CPC*: processo coletivo. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 133-156.

[246] REsp 819.010/SP, Min. Rel.: José Delgado, j. 28 de março de 2006.

[247] Apelação/Reexame Necessário nº 0009770-05.2009.8.26.029277; Apelação nº 9001038-45.2011.8.26.0506.

[248] GRINOVER; SICA, *Avaliação*... 2014.

1.9 O PARADIGMA: ADPF-45

Para a doutrina, de maneira geral, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, de 2004, tornou-se um caso emblemático de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de controle judicial de políticas públicas, especificamente em relação à efetividade dos direitos sociais[249].

Relatada pelo Ministro Celso de Mello, a ADPF 45 tem a seguinte ementa:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

A arguição[250] foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) contra veto do ex-presidente Lula imposto sobre o art. 55, §2º (renumerado para o art. 59) da lei de diretrizes orçamentárias[251] para a elaboração da lei orçamentária de 2004, convertida na Lei nº 10.707/03.

O fundamento da ADPF era que o veto violava os preceitos constitucionais de vinculação mínima de verbas públicas aos serviços e ações de saúde. O ex-presidente da

---

[249] GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 130-132.

[250] V. RAMOS, Elival da Silva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 109-127.

[251] Art.59, § 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. O inciso II do caput tem a seguinte redação: A proposta e a lei orçamentária incluirão os recursos necessários ao atendimento da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000.

República então remeteu ao Congresso Nacional um novo projeto de lei, restabelecendo o texto inicialmente vetado. O projeto foi aprovado e a Lei n. 10.777/03 promulgada. Isso importou na perda de objeto da ação constitucional.

Ocorre que, mesmo julgando prejudicada a ação, em *obter dictum*, o Ministro Celso de Mello teceu ponderações paradigmáticas sobre a atuação do Poder Judiciário.

Inicialmente, foi expressamente reconhecida a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF no encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de violação positiva ou negativa da Constituição[252]. Segundo Celso de Mello, o *non facere* estatal resulta em inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial, de acordo com inação ou com a adoção de providências insuficientes pelo Poder Público.

A decisão também indicou as premissas que autorizam a intervenção judicial na correção e implementação de políticas públicas, com destaque à análise da razoabilidade do pedido veiculado, a existência de disponibilidade financeira e a garantia mínima de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial.

A indisponibilidade financeira deve ser comprovada pelo gestor público e não é oponível à promoção das condições materiais mínimas de existência do ser humano, desde que o pedido do autor seja pautado por critérios de razoabilidade.

A intervenção judicial também pode se dar apenas excepcionalmente, posto que a tarefa de formular e implementar políticas públicas cabe ao Executivo e ao Legislativo. A incumbência só caberia ao Judiciário quando omissão dos demais poderes viesse a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais ou coletivos de hierarquia constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Isso porque o caráter programático das normas constitucionais não pode se converter em "promessas políticas inconsequentes", sob pena do Poder Público, fraudando as justas expectativas nele depositadas pela coletividade.

Celso de Mello concluiu que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público quando houver indevida manipulação de sua atividade financeira ou político-administrativa para obstar a prestação de condições mínimas de existência do cidadão, o já mencionado mínimo existencial.

---

[252] Sobre o tema, v. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Mariana. A. S. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91-103.

Como *ratio decidendi*, a decisão poderia ter se limitado ao julgamento sem resolução de mérito, mas em *obter dictum*, o STF firmou entendimento de que os direitos sociais são exigíveis do Estado, sejam positivos ou negativos.

O Poder Público não pode meramente alegar ausência de recursos materiais para a sua concretização, quando tratam de direitos cujo conteúdo compõe o substrato mínimo de que um cidadão necessita para viver e se desenvolver como pessoa. Paralelamente, firmou-se o entendimento que, ainda que não seja função típica do Judiciário, sua intervenção em políticas públicas não viola a separação dos poderes.

Dito isso, a pesquisa procura explorar se esse caso lidera, de fato, a interpretação judicial; ou se afirmação doutrinária de que a decisão é *leading case* é meramente especulativa. Desse modo, a ADPF 45 servirá de parâmetro comparativo para as decisões analisadas nos capítulos seguintes.

1.10 AS CONCLUSÕES DO CEBEPEJ

Em 2010, seis anos após o julgamento da ADPF 45, diante da difusão teórica e prática que o tema tomou, o Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudos Judiciais (CEBEPEJ)[253] empreendeu pesquisas com diversos autores que culminaram no seminário *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, realizado na FDUSP, bem como em um livro de artigos de mesmo nome[254].

Como resultado dos trabalhos que foram discutidos variados aspectos da problemática, o plenário do seminário aprovou à unanimidade as seguintes conclusões[255]:

---

[253] O Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais é uma associação civil, não governamental, sem fins lucrativos (OSCIP), que objetiva desenvolver estudos e pesquisas sobre o sistema judicial brasileiro. Foi fundado em 1999, por profissionais do Direito e das Ciências Sociais, diante da constatação da escassez de informações e estudos científicos relativos à Justiça brasileira. Por tal razão, muitos dos diagnósticos e debates sobre o Poder Judiciário têm por base intuições ou experiências pessoais, e não estudos científicos, como seria desejável. Nesse contexto, o CEBEPEJ se propõe a investigar algumas questões que demandam pesquisas rigorosas. Entre elas: Como o Judiciário brasileiro está organizado e como é o seu funcionamento? Quais as funções que o Poder Judiciário tem desempenhado nos últimos anos? Qual o papel do Poder Judiciário em face aos outros Poderes do Estado brasileiro? Como tem desempenhado esse papel, especialmente diante de situações como as sucessivas medidas provisórias implementadas? Quais são os fatores e as causas essenciais da morosidade do Poder Judiciário brasileiro? A utilização de alguns recursos processuais tem aumentado nos últimos anos? Quais são as causas, naturezas e tipos de litígios judiciais? Disponível em: http://www.cebepej.org.br/quem-somos.php

[254] WATANABE; GRINOVER (Org.) *O controle*..., 2013.

[255] GRINOVER, *O controle*..., 2013, p. 505-506.

a) o controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais constitucionalmente assegurados, para sua implementação ou correção, encontra pressupostos ou limites na observância do mínimo existencial, do princípio da razoabilidade e da reserva do possível.
b) o *mínimo existencial* corresponde ao núcleo duro dos direitos sociais garantidos pela Constituição, e consiste no mínimo indispensável à dignidade humana, autorizando a imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou atuação administrativa.
c) o princípio da *razoabilidade* indica a razoabilidade da pretensão coletiva ou individual e, em contrapartida, a desarrazoabilidade da lei, de sua interpretação ou da atuação administrativa.
d) a *reserva do possível* indica tanto a existência de disponibilidade orçamentária-financeira quanto a necessidade de planejamento necessário à execução da política pública a ser implementada.
e) não haverá necessidade de observar a reserva do possível quando se tratar de casos de urgência ou do mínimo existencial.
f) observados os pressupostos ou limites suprarreferidos, o Poder Judiciário pode intervir para implementar ou corrigir a política pública, sem afronta ao princípio da separação dos Poderes (ou funções), tal qual se apresenta no Estado Democrático de direito.
g) para tanto, o Judiciário pode ser provocado por intermédio de todos os meios previstos no ordenamento jurídico, em especial por meio das ações constitucionais, como o Mandado de Injunção, a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.
h) no plano da jurisdição ordinária, ações coletivas ou mesmo individuais podem ser ajuizadas, tendendo na maioria das vezes a obrigações de fazer, como a de implementar ou corrigir determinada política pública, de incluir no orçamento futuro a verba necessária e de aplicar efetivamente a verba para a implementação ou correção da política pública, devendo o juiz acompanhar a execução, inclusive mediante sub-rogação de pessoas.
i) para a tomada de decisões e sua execução, o processo deve obedecer a um novo modelo de cognição, sendo necessário que o juiz dialogue com a administração pública para colher informações sobre a política pública já existente ou a ser implementada e examinar o orçamento, devendo também ampliar-se o

contraditório, inclusive por intermédio de audiências públicas e da intervenção do *amici curiae*, tudo de modo a que o juiz decida corretamente e de maneira exequível, com motivação rigorosa.

j) para a implementação dessas conclusões, é necessário pensar num novo modelo de processo e num novo de modelo de gestão do Judiciário, que permita inclusive a reunião de processos, em primeira e segunda instâncias, sempre que possam onerar o mesmo orçamento.

k) o CEBEPEJ constituirá grupo de trabalho para formular propostas que atendam à conclusão n. 10.

Inspirados nas conclusões do seminário, seus organizadores desejaram levar os resultados obtidos para além da doutrina. Traçaram-se as linhas gerais para um anteprojeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do projeto, aperfeiçoado pelos pesquisadores do CEBEPEJ, acadêmicos da Faculdade de Direito da USP, da Faculdade de Direito de Vitória, na Universidade de Itaúna, da argentina *Universad Lomas de Zamora*, em debate público na AASP e no IASP.

Estabeleceu-se que a atividade de controle de políticas tem sido desenvolvida pelo Judiciário sem a existência de balizas legais precisas a orientar a conduta dos magistrados, postos diante da necessidade de decidir questões cujos reflexos, por diversas vias, atingem toda a sociedade[256].

Desse anteprojeto nasceu o Projeto de Lei 8.058/14. Acredita-se oportuno investigar as alterações legislativas projetadas para compará-las com o conteúdo das decisões analisadas nos capítulos seguintes. Assim, tentar averiguar a relevância (ou não) do PL.

1.11 PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PROJETO DE LEI 8.058/14

A Câmara dos Deputados é atualmente a Casa responsável por analisar o projeto de lei que criaria o processo especial de controle e intervenção do Poder Judiciário na implementação ou correção de políticas públicas. O PL 8.058/2014, de iniciativa do

[256] Como sistemas escolares, estabelecimentos carcerários, instituições e organismos destinados à saúde pública, acesso ao transporte, moradia, saneamento, mobilidade urbana.

Deputado Paulo Teixeira (PT-SP), encontra-se na Comissão de Finanças e Tributação, sob a relatoria do Deputado Esperidião Amin (PP-SC), aguardando parecer, com pedido de nova realização de audiência pública com diversos especialistas[257].

De acordo com a justificação do Projeto[258], e como já mencionado ao longo desse trabalho, o controle jurisdicional de políticas públicas é uma "realidade inescapável no dia a dia dos tribunais brasileiros". Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas que colocariam o juiz em dificuldades para decidir as demandas impostas. As dificuldades práticas viriam da ausência de informações da Administração, dos demais juízes e tribunais, da multiplicidade de ações individuais[259].

Para o texto, é necessário fixar parâmetros seguros de decisão para o juiz e para as partes, com um novo procedimento que conta com cognição e contraditório ampliados; que tem natureza dialogal e colaborativa; e que possibilita ampla intervenção do Poder Público e da sociedade, sem que o Judiciário se substitua à Administração. A execução também deve permitir comandos judiciais flexíveis, em busca da efetividade.

Diante disso, objetiva-se discorrer de forma não exaustiva sobre as principais características do novo rito que o projeto estabeleceria.

O art. 2º inicia o texto dispondo sobre os princípios norteadores do controle judicial de políticas: a) proporcionalidade; b) razoabilidade; c) garantia do mínimo existencial; d) justiça social; e) atendimento ao bem comum; f) universalidade das políticas públicas; e g) equilíbrio orçamento.

Em seu parágrafo único, estabelece as características do processo especial:

a) característica *estrutural*, com o objetivo de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
b) característica *policêntrica*, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade[260];

---

[257] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>

[258] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FA3477AA4846B4707D10146E6AF6667F.proposicoesWeb2?codteor=1283918&filename=PL+8058/2014>

[259] Sobre a multiplicidade de ações individuais na área da saúde, v. ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO; Roseni. *Judicialização da saúde no Brasil:* dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

[260] Sobre o tema, v. SOUZA, *Judicialização de direitos sociais*..., 2016.

c) característica *dialogal*, pela necessidade de diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade[261];

d) *cognição ampla e profunda*[262], para proporcionar ao juiz o assessoramento necessário ao completo conhecimento da realidade fática e jurídica da política pública;

e) característica *colaborativa e participativa*;

f) *flexibilidade quanto ao procedimento*, consensualmente adaptável ao caso concreto[263];

g) *informatividade*, com a finalidade de aprofundar o controle social;

h) *consensualidade* com Poder Público[264];

i) adoção de comandos judiciais *abertos, flexíveis e progressivos*;

j) *flexibilização no cumprimento* das decisões;

k) *acompanhamento* do cumprimento das decisões.

Tais características são inspiradas nos citados litígios de interesse público e provimentos estruturais estrangeiros, em tribunais dos Estados Unidos, Argentina e Colômbia.

Seguindo, a competência para o controle judicial de políticas públicas é da justiça ordinária, estadual ou federal, por meio de ação coletiva, ressalvadas o cabimento de ações constitucionais (art. 3º). É admissível qualquer espécie de ação ou provimento.

A petição inicial conterá os requisitos previstos no CPC e deverá indicar com precisão a medida necessária para implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação (art. 4º). Também indicará a pessoa jurídica de direito público à qual pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública.

---

[261] Necessidade de diálogo institucional apontada em ASENSI; PINHEIRO. *Judicialização da saúde*..., 2015, p. 134.

[262] V. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil* (1987). 4. ed. São Paulo: Perfil, 2012.

[263] Sobre a flexibilização, v. as obras GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexiblização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008; Flexibilização procedimental: razoabilidade ou excesso de poder do juiz? *Revista Bonijuris*, 2011; Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no Novo CPC. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, p. 1129-1159, 2013.

[264] V. MACHADO DE SOUZA, F; CAMBI, E. A. S. Resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. Revista da AJURIS, v. 42, p. 225-245, 2015; MELLO, Shirlei Silmara de Freitas; DANTAS, Roziana G. Camilo Lemos. A lógica do consenso na administração pública contemporânea em face do paradigma do resultado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 77, jun 2010.

Na hipótese da autoridade se dar por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será também notificada para a fase preliminar (art. 5º).

Algumas dificuldades podem surgir. A primeira é a definição do ente público responsável pela política pública, pois, por vezes, essa é uma questão de difícil enquadramento, na medida em que a Constituição Federal não deixa clara muitas atribuições, bem como há muitas hipóteses de competência concorrente[265]. A segunda dificuldade vem da necessidade de indicar *com precisão* a medida controle da política pública. O ciclo de formação delas é complexo, podendo tornar custosa a precisão exigida pelo PL[266]. Dessa forma, será necessário um maior aprofundamento, pelos autores das ações, das disposições constitucionais, legais e infralegais. Isso pode, em tese, inviabilizar algumas demandas.

Estando a petição inicial em ordem, seguem-se as seguintes etapas:

a) *Fase preliminar* (arts. 6º a 10): A autoridade deve apresentar, sob pena das sanções previstas no CPC, informações sobre a política *sub judice*, especialmente em relação aos: (i) planejamento e a execução existentes; (ii) recursos financeiros previstos no orçamento; (iii) previsão de recursos necessários; (iv) em caso de insuficiência de recursos, se há possibilidade de transposição de verbas; (v) cronograma necessário para atendimento do pedido.

A autoridade e o juiz podem ser auxiliados por técnicos nessa fase, o que não é exatamente uma inovação legislativa. É possível ainda a designação de audiências públicas, inclusive com representantes da sociedade civil (art. 10). As informações obtidas nessa fase, submetidas ao contraditório, poderão ser aproveitadas ao longo do processo, com valor probatório (art. 16).

b) *Fase preliminar com pedido de antecipação de tutela* (art. 7º): na hipótese de 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 atualmente do art. 300 do CPC/15[267]. Nesse caso, ficam dispensadas as informações da autoridade, cumprir a decisão imediatamente. Pelo parágrafo único, considera-se mínimo existencial, "o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana".

---

[265] ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
[266] OLIVEIRA, *Direitos sociais em juízo*..., 2016, p. 55.
[267] No PL ainda consta o art. 273 do CPC/73.

Essa fase é especialmente relevante para a finalidade dessa dissertação, que visa avaliar como o mínimo existencial é encarado pelas decisões analisadas: se de maneira como o PL propõe, ou diversa.

c*) Emprego de mecanismos consensuais* (art. 11 a 13): o PL prevê ampla possibilidade de uso dos mecanismos consensuais nos processos coletivos, em qualquer momento, incluindo a mediação, transação (por meio de termos de ajustamento de conduta) e até mesmo a arbitragem[268]. A utilização de meios consensuais em processos coletivos é bem vista pela doutrina[269], mas convém ressaltar que, embora seja possível a utilização da arbitragem pela Administração Pública[270], é necessário um juízo de ponderação acerca da adequação do mecanismo ao conflito em políticas públicas[271] e da eventual indisponibilidade dos direitos patrimoniais debatidos[272].

d) *Juízo de admissibilidade seguido de julgamento preliminar, ou citação:* (arts. 14 e 15): não havendo acordo, o juiz faz o juízo de admissibilidade do pedido, podendo extinguir o processo com ou sem resolução de mérito, ou determinar a citação da Administração para oferecer defesa.

e) *Julgamento antecipado como regra* (art. 16): com a utilização dos elementos de prova da fase preliminar.

f) *Julgamento* (art. 18): o juiz pode determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em (i) apresentação de planejamento, com cronograma, para cumprimento da decisão; (ii) inclusão de créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso, ou do orçamento público futuro.

---

[268] A arbitragem em si não é um mecanismo consensual de solução de disputas, e sim meio heterocompositivo privado, mas pode ser que o árbitro estimule a mediação/conciliação em seu mister.

[269] Cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: Teoria e prática (2002). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 44-56. Também em GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: RT, 2011, p. 341-429.

[270] Lei 9.307/96, art. 1º, § 1º: A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[271] V. SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz: In: MOFFIT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 386-399.

[272] Salles entende que não convém generalizar a indisponibilidade absoluta dos bens públicos, que apenas se submeteriam a uma disponibilidade condicionada, "indicativa da necessidade de se observar determinados requisitos substanciais e processuais para disposição de bens dessa espécie". (SALLES, Carlos Alberto de. A arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 288)

g) *Cumprimento de sentença:* o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, para efetivar e acompanhar as medidas (art. 19)[273]. Estabelece-se ainda que o juiz pode alterar a sentença na fase de execução, inclusive na hipótese em que o ente público promova novas políticas mais adequadas que as determinadas (art. 20). Em caso de inadimplemento, o juiz pode aplicar medidas coercitivas como multa, tanto ao ente público quanto à autoridade responsável, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa, pelos crimes de responsabilidade e desobediência, bem como pela decretação de intervenção da União no Estado, ou do Estado no Município (art. 21).

Como se vê, o Projeto tem como objetivo atacar as falhas do procedimento ordinário no controle de políticas públicas em três frentes de *déficit*[274]: (i) de legitimidade, (ii) cognitivo e (iii) de efetividade.

Para combater o primeiro, como o juiz não é eleito pelo voto popular, o art. 10 traz a previsão de designação de audiências públicas e intervenção de *amici curiae* nesses processos de interesse público, de forma semelhante ao disposto no CPC/15[275].

No caso do segundo, o já mencionado art. 6º traz o dever de prestação de informações detalhadas pelo gestor público, podendo-se valer de assessoria técnica especializada, pelo art. 8º, § 1º, da mesma forma que o juiz, pelo § 2º.

No caso do terceiro, na busca de tornar o processo efetivo, pelo art. 18, o juiz determinará o cumprimento das obrigações de forma sucessiva, aberta e flexível, em consonância com o processo estrutural e em dissonância com a rigidez do processo tradicional.

Cabe apontar que o PL já surgiu sendo alvo de críticas. Lênio Streck e Martonio Lima, em ensaio publicado no site Conjur[276], argumentaram que ele é mais uma "jabuticaba", em alusão ao fruto que só dá no Brasil. Com a aprovação do projeto, o ativismo judicial e o alargamento dos poderes do Judiciário seriam institucionalizados, em detrimento

---

[273] Semelhante à figura do *special master* do direito norte americano. Sobre o tema, v. WICKHAM, Allissa. 5 *tips for serving as successful special master*. Disponível em: <http://www.ccadr.com/wp-content/uploads/2014/07/Special-Master-Article.pdf>

[274] Opinião de Carlos Alberto de Salles, em palestra proferida nas XI Jornadas de Direito Processual, em Porto de Galinhas, 2016.

[275] Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 dias de sua intimação.

[276] STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Lei das Políticas Públicas é Estado Social a golpe de caneta? Publicado em 10.02.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-10/lei-politicas-publicas-estado-social-golpe-caneta>

da competência do Legislativo e do Executivo. Os autores também criticam a reprodução de conceitos jurídicos indeterminados e que o PL ignoraria a "origem coletiva do direito à saúde", que seria distante da "noção de direito individual, como é a concepção das decisões judiciais atualmente".

Os autores também alegam a inconstitucionalidade do art. 6, IV (na fase preliminar do processo, o ente público será intimado para informar sobre a possibilidade de transposição de verbas, em caso de insuficiência de recursos) e do art. 18, II, (o juiz pode determinar à Administração a inclusão de créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso, ou do ano seguinte). Segundo os críticos, os dispositivos atentariam contra os arts. 48, II; 70; 95, IV; 165 e 169 da CF, que não autorizam a transposição de verbas, tampouco que uma decisão judicial imponha determinações financeiras de gastos a orçamentos futuros que não constam da LDO ou do PPA.

Em defesa do Projeto, Grinover, Watanabe e Lucon publicam ensaio refutando os argumentos[277]. Para os autores, a opinião de Streck e Lima revelaria uma "compreensão bem equivocada do tema, decorrente, por certo, do desconhecimento da matéria", pois o PL não se trata de nenhuma "jabuticaba", vez que os críticos se esqueceram da existência dos litígios de interesse públicos existentes nos EUA desde a década de 50.

Os autores também defendem que o PL não atribui ao Judiciário qualquer competência adicional. O que se pretende, em verdade, é limitar o subjetivismo judicial[278] "pela regulamentação que estimula o diálogo e a cooperação institucional entre os poderes estatais ao longo de todas as fases do processo".

Os autores ainda refutam que "não incumbe ao Legislativo 'combater' o ativismo judicial, pois essa é uma tarefa irrealizável". Completam que "não se pode exigir do Legislativo que ele anteveja e, portanto, discipline todas as situações que podem por ventura ensejar a intervenção justificada do Judiciário na implementação de uma determinada política pública". Disso decorre que "o que pode, e o que deve fazer, o Legislativo, é estabelecer parâmetros de conduta aos magistrados que se deparam com a necessidade de julgar causas dessa natureza".

Os defensores do PL reiteram que a efetivação das políticas públicas depende, em primeiro lugar, de disponibilidade financeira. Ocorre que a justificativa mais usual da

---

[277] GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Publicado em 23.02.2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional

[278] Sobre o tema, v. NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional*: Limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014.

administração para a omissão reside no argumento de que inexistem verbas para implementá-la; dessa forma:

> O Judiciário, em face da insuficiência de recursos e de falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária a implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo transposição de verbas, o Judiciário também determinará, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública.

Para tanto, o "parágrafo 5º do artigo 461, CPC[279], servirá para atingir o objetivo final almejado. Desse modo, frequentemente a 'reserva do possível' pode levar o Judiciário à condenação da Administração a duas obrigações de fazer a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da obrigação; e à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação".

Os defensores do PL rebatem também o argumento que ele ignoraria a natureza coletiva dos direitos sociais:

> [...] Em seu art. 1º, entre os princípios que o regem, estão destacados o do atendimento ao bem comum e o da "universalidade das políticas públicas, que tornam "induvidosa a característica de processo coletivo.

O processo individual, aliás, estaria disciplinado apenas nos artigos 27 a 29. Além disso, o projeto prevê a reunião de processos semelhantes para julgamento conjunto, de forma com que a sentença seja equitativa e exequível, como prevê os arts. 23 e 25. Por fim, no art. 30 prevê as hipóteses que autorizam a conversão da ação individual em coletiva. Tudo para demonstrar o objetivo de tratamento coletivo do tema.

Apresentado esse breve panorama das alterações projetadas, o mais relevante para o presente trabalho é como o PL pretende regular a tensão entre o mínimo existencial e a reserva do possível, temperada pela razoabilidade.

O mínimo existencial, como dito, é citado em duas situações no Projeto, em seus arts. 7º e 28, transcritos a seguir:

---

[279] Atual art. 536 do CPC/15: "No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial".

> Art. 7º. 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, estando nessa hipótese dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 6º.
> Parágrafo único. Considera-se *mínimo existencial*, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.
>
> Art. 28. Na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do *mínimo existencial* ou bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1° do art. 7°, e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Como dito, o projeto prioriza a judicialização dos direitos sociais, como regra geral, por meio de ações coletivas, em razão da própria natureza desses direitos. Excepcionalmente, o PL autoriza a concessão de tutela às ações individuais que visam à efetivação de direito social individual, muito embora restrito ao mínimo existencial (art. 28). Em outras palavras, apenas nas situações em que o indivíduo não tiver o seu mínimo atendido, estará autorizada a intervenção judicial, nos limites desse mínimo. O mesmo critério também é requisito para concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 7º.

Para Juliana Daniel[280], a definição do mínimo do PL é a da *teoria absoluta* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, em que ele seria inoponível a qualquer outra variável fática ou jurídica, conforme definido na ADPF 45. A autora critica o dispositivo pela incerteza de quais direitos mínimos não atendidos são os que permitem a intervenção judicial.

Outro critério tanto para a concessão da tutela antecipada, quanto para a autorização das ações individuais, é a necessidade de o direito ser assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada[281]. Por exemplo, um cidadão que busca individualmente o acesso à educação fundamental (CF, art. 208, I e IV[282]) para seu filho, teria a possibilidade de ver seu pedido concedido já em antecipação de tutela.

---

[280] DANIEL, *O mínimo...*, 2013, p. 168.

[281] De maneira muito aproximada ao conceito de norma de eficácia plena de José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas...*).

[282] Sobre a controvérsia da autoaplicabilidade do art. 208, IV, da CF, v. STF, AI 761908 SC, Min. Rel. Luiz Fux, ainda não julgado, mas com repercussão geral reconhecida (Tema 548).

Juliana Daniel entende que a justiciabilidade de direito assegurado por *regra* constitucional não seria problemática, pois o Judiciário não hesitaria em concedê-lo. O problema está nos direitos previstos em normas com estrutura de *princípio*, cuja justiciabilidade dá-se apenas *prima facie*, e sua respectiva efetivação depende da alocação de recursos escassos.

Juliana Daniel aponta também que o art. 7º do PL adota o conceito de mínimo existencial apriorístico; enquanto o art. 28 submete o conceito aos parâmetros da razoabilidade do pedido e da irrazoabilidade da conduta da Administração, adotando a *teoria relativa* do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Isso levaria a um sincretismo metodológico.

Diante disso, uma possibilidade então de definir o mínimo existencial seria apenas pela análise do caso concreto, sob o critério da razoabilidade. Outra possibilidade é a delimitação do conceito a partir de direitos designados como prioridades legislativas e da execução orçamentária, como saúde, educação, moradia, assistência social e acesso à justiça[283].

Feita essa sintética análise, o autor da dissertação entende pela relevância dos dispositivos projetados. São necessários mais debates, no ambiente acadêmico e no processo legislativo, mas se acredita que, com a aprovação do PL, é possível avançar na segurança jurídica e na previsibilidade às partes e à sociedade nos processos em que se debatam políticas públicas[284].

1.12 PRECEDENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O escopo desta dissertação é analisar julgados com a finalidade de identificar os padrões decisórios dos tribunais analisados. Em meio ao seu desenvolvimento, o Código de Processo Civil de 1973 foi revogado. Com a promulgação do atual Código de Processo Civil (CPC/2015), e sua respectiva entrada em vigor, a força das decisões judiciais ganhou relevo, ampliando-se o rol da vinculação ao decidido pelos tribunais superiores[285]. Nesse contexto,

---

[283] Segundo BARCELOS, *A eficácia jurídica*..., 2011, p. 258.

[284] V. CAMBI, E. A. S.; BUENO, F. B. S. Segurança jurídica e efetividade processual. *Revista dos Tribunais Sul*, v. 4-5, p. 175-190, 2015; AVILA, H. B. *Teoria da Segurança Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

[285] Sobre o tema, cf. PASSADORE, Bruno Almeida. *Precedentes e uniformização de jurisprudência*: uma análise crítica. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

supõe-se relevante investigar as principais alterações legislativas e em que medida elas poderão impactar as decisões sobre o controle judicial de políticas públicas.

1.12.1 DISTINÇÃO ENTRE JULGADO, JURISPRUDÊNCIA, PRECEDENTE, SÚMULAS E PRECEDENTE VINCULANTE

Primeiramente, é conveniente fazer algumas distinções terminológicas sobre as expressões em questão. Para Grinover, há imprecisões no CPC/15 que merecem ser esclarecidas[286].

Para começar, *jurisprudência* indica uma pluralidade de decisões (julgados) relativas a vários casos concretos, em relação a um determinado assunto. Não necessariamente se trata de idêntica questão jurídica. De modo geral, a jurisprudência é invocada referindo-se a muitas decisões, o que causa alguma dificuldade para se estabelecer qual tese é realmente relevante[287].

Segundo Michele Taruffo, não é fácil desvendar qual a posição realmente dominante entre diversos julgados citados a título de jurisprudência[288]. Aliás, para Grinover, não é raro que em um mesmo momento temporal, encontrem-se julgados contraditórios em um mesmo tribunal, o que evidencia a ausência de uniformidade da jurisprudência, com consequente instauração de insegurança jurídica[289].

Apesar disso, Taruffo ensina que a jurisprudência tem grande eficácia persuasiva caso os julgamentos reiterados sobre determinadas questões tornem-se uniformes e sedimentados. Nesse momento, constitui-se o *precedente judicial.*

O alcance do precedente judicial apenas pode ser deduzido aos poucos, após sua confirmação por decisões posteriores. O precedente surge como a regra de um caso e, em seguida, terá (ou não) o destino de se tornar a regra de outros casos análogos.

Para Grinover, todo precedente judicial é composto por duas partes[290]: (a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia e (b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidenci)*[291].

---

[286] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 133.
[287] Sobre a diferença entre "jurisprudência horizontal", "jurisprudência vertical" e "jurisprudência como *stare decisis",* v. SGARBI, *Introdução*..., 2013, p. 302-305.
[288] TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.
[289] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 133.
[290] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 134.
[291] TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

O precedente, assim, refere-se a certa *situação particular*, enquanto a jurisprudência diz respeito a uma *pluralidade de casos concretos*. Na citação de jurisprudência, reproduz-se trechos ou extratos mais ou menos sintéticos da motivação. Já o precedente só pode ser compreendido pela interpretação da controvérsia antes resolvida.

É pela comparação da integralidade de, pelo menos, duas situações fáticas[292], com a técnica do *distinguishing*, que o julgador estabelece a relação entre precedente aplicável e o caso concreto. Para exercer a mencionada técnica, é preciso se observar as *ratio decidendi*[293] dos dois julgados, que devem coincidir, porque são elas que explicam os motivos pelos quais se chegou àquela conclusão[294].

O resto do julgado seria constituído de pormenores, que não são essenciais ao núcleo da *ratio decidendi*, visto que não influem sobre a decisão e são examinadas apenas de passagem: é o chamado *obter dictum*[295].

Ao enfrentarem questões polêmicas ou teses divergentes, os tribunais também produzem *súmulas* com a finalidade de enunciar, em poucas linhas, uma regra jurídica. Trata-se de redução substancial do precedente. A aplicação de súmula não se dá pela analogia dos fatos com o precedente, mas pela subsunção do caso concreto a uma regra geral. Segundo Grinover, a construção das súmulas vem costume consolidado no sistema judiciário luso-brasileiro.

A súmula não deriva de um enunciado interpretativo, mas é formulada em termos gerais e abstratos. Como consequência, o *dictum* sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada. Assim, ela não pode ser considerada um precedente em sentido próprio, mas apenas um pronunciamento judicial que traduz a eleição da melhor solução, entre opções interpretativas referentes a normas gerais e abstratas[296].

---

[292] A julgada e a sob julgamento.
[293] Melhor explorada no tópico a seguir.
[294] Muito embora já se tenha constatado que o STF não utiliza o termo precedente com rigor, cf. CUNHA, L. G.; DIMOULIS, D.; RAMOS, L. O *Supremo Tribunal Federal para além das ações diretas de inconstitucionalidade.* São Paulo: Acadêmica Livre, 2014.
[295] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 134.
[296] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 135-136.

A finalidade da súmula é de eliminar incertezas e divergências no âmbito da jurisprudência, procurando assegurar uniformidade[297] na interpretação e aplicação do direito[298], limitando-se indicar a orientação da jurisprudência dominante no tribunal.

Feita essas diferenciações, passa-se ao esclarecimento da eficácia vinculante no CPC/15.

1.12.2 EFICÁCIA VINCULANTE DA JURISPRUDÊNCIA NO CPC/15

O CPC/15 positiva a atual tendência do ordenamento brasileiro de valorização da jurisprudência, com a finalidade de evitar decisões contraditórias ou conflitantes[299], também visando prestigiar a igualdade de tratamento[300]. Com essa preocupação, o art. 926 do referido Código prescreve que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la *estável*, *íntegra* e *coerente*.

Os parágrafos do art. 926 determinam que os tribunais deverão editar súmulas que correspondam à sua jurisprudência dominante, com atenção às circunstâncias fáticas dos precedentes envolvidos. Nesse sentido, a imposição de uniformização da jurisprudência concretiza-se com o exame da motivação dos julgados pelos tribunais, cabendo-lhes manter a jurisprudência coerente, com o objeto de se consolidar os precedentes[301]. Para isso, a principal técnica do Código é prestigiar a verticalização das decisões, com a necessidade de observância dos precedentes pelos órgãos judiciários de instâncias inferiores[302].

---

[297] Sobre a necessidade de o julgador decidir conforme o sistema para cumprir com o princípio da legalidade, v. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória* - Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

[298] V. TUCCI; CRUZ E TUCCI, *Constituição…*, 1989.

[299] Sobre a aleatoriedade em decisões judiciais, v. CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, vol. 786/2001, p. 108-128. Também do mesmo autor: Jurisimprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, vol. 231/2014, p. 349-363.

[300] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 139.

[301] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 140.

[302] V. ZUFELATO, C. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. *O Novo Código de Processo Civil:* questões controvertidas. São Paulo: Forense, 2015, p. 89-118; ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferencia. In: DIDIER JR, Fredie et al (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 399-403; ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: 2012, p. 491-552.

Como dito, o CPC/15 introduziu um grande número de precedentes vinculantes no sistema brasileiro[303]. Nos termos do art. 927[304], além das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, que já possuíam tal eficácia anteriormente[305], o Código atribuiu efeitos obrigatórios e gerais[306]:

a) aos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em recursos extraordinários e especiais repetitivos[307];
b) aos acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)[308] e;
c) nos incidentes de assunção de competência[309].

Os precedentes proferidos em todos esses casos deverão ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias[310], sob pena de cassação do entendimento divergente, por meio de reclamação[311].

Não é matéria vinculante, mas o art. 927 também determina que os juízos também deverão observar os enunciados de súmulas do STF e do STJ, além da orientação do plenário ou do órgão especial que estiverem vinculados.

Uma breve digressão. Tem-se utilizado aqui o termo precedente vinculante. Para Grinover, contudo, só a súmula vinculante constitui precedente vinculante em sentido próprio, pois foi sedimentada ao longo do tempo pela jurisprudência dominante, e representa

---

[303] V. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Os precedentes no Novo CPC*. Jota, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/serie-os-precedentes-no-novo-cpc>. Ainda na vigência do CPC/73, v. SABINO, Marco Antônio. O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 85, p. 51-72, 2010.

[304] ABBOUD, Georges. A necessária compreensão hermenêutica para correta aplicação do art. 927 do CPC/2015. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al (Org.*). Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015. p. 9-15.

[305] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva 2016.

[306] V. ABBOUD, Georges. A necessária compreensão hermenêutica para correta aplicação do art. 927 do CPC/2015. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al (Org.). *Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015, p. 9-15.

[307] CPC/15, art. 988, caput e §5º, com redação conferida pela Lei 13.256/2016.

[308] CPC/15, art. 928 e art. 976 a 978. V. LUCON, P. H. S. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: SILVEIRA, Renato de Mello; RASSI, João Daniel. (Org.). *Estudos em Homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 473-481.

[309] CPC/15, art. 947.

[310] Criticando a alteração legislativa, v. MARINONI, Luiz Guilherme. *A função das Cortes Supremas e o Novo CPC*. Publicado em 25.05.2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>

[311] CPC/15, art. 992.

decisão relativa a uma situação particular[312]. Em todos os outros casos, trata-se de julgados que o CPC atribui eficácia vinculante. Em verdade, a norma versa sobre julgados vinculantes.

Grinover critica a fragilidade desse sistema, visto que não é qualquer julgado, ainda não consolido em precedente, que poderia ou deveria ter eficácia vinculante. Ressalvadas as distinções feitas acima, será adotada essa terminologia.

Continuando, sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui raiz romano-germânica, em que a principal fonte do direito é a *lei*. Por essa tradição, as decisões judiciais produziriam, em geral, apenas efeitos entre as partes. Assim, em relação ao julgamento de casos futuros, os precedentes judiciais brasileiros possuíam uma eficácia meramente argumentativa, em regra. Eles influenciavam o convencimento dos magistrados, serviam de reforço aos fundamentos das decisões e podiam inspirar o legislador na produção de novas normas. Contudo, não tinha de ser obrigatoriamente seguidos. Essa situação foi alterada com o CPC/15[313].

Com a entrada em vigor do Código, novas questões podem ser feitas:

a) como se extrai uma norma de uma decisão judicial?

b) qual é a parte dos precedentes que vincula os demais juízos?

c) todos os fundamentos utilizados pelos tribunais para decidir devem obrigar às demais instâncias?

d) todas as questões discutidas nos votos dos membros dos tribunais constituem o precedente vinculante?

---

[312] CF/88, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Como se vê, é requisito para edição de súmula vinculante a preexistência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional. Exige-se aqui que a matéria a ser reduzida em súmula tenha sido objeto de debate e discussão no STF. Objetiva-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Dessa maneira, procura-se vedar a possibilidade de edição de súmula vinculante com fundamento em decisão judicial isolada. É necessário que a mesma reflita a jurisprudência do Tribunal, isto é, reiterados julgados em um mesmo sentido, com a mesma interpretação (GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 138).

[313] MELLO, *Os precedentes*..., 2016.

Para refletir sobre elas, três conceitos desenvolvidos pelo *common law*[314], mas também utilizados em países cujos sistemas têm raiz romano-germânica, são necessários para operar os precedentes[315]:

a) a ideia de *ratio decidendi* ou *holding* (a razão de decidir);

b) a noção de *obiter dictum* (consideração marginal ao caso);

c) mecanismo de distinção entre casos (*distinguish*).

A *ratio decidendi* é a porção do julgado, extraída do caso concreto, que vincula os demais órgãos judiciais. É justamente a norma que se extrai da decisão julgado e que influenciará os casos semelhantes. Sua definição pressupõe a plena compreensão (i) dos fatos juridicamente relevantes para a causa, (ii) da questão de direito controvertida e (iii) do exame dos fundamentos utilizados pelo tribunal para decidir o caso concreto[316].

A partir desses elementos, descreve-se os motivos que determinaram a decisão do tribunal naquele caso. É justamente essa descrição que vinculará o julgamento de casos futuros. A *ratio decidendi* corresponde, portanto, à questão de direito que foi enfrentada como premissa necessária para alcançar o dispositivo do julgamento. Esse conteúdo da decisão que vincula os casos futuros[317].

Por outro lado, o *obiter dictum* é constituído pelas discussões de questões jurídicas dispensáveis para a solução do caso concreto, por opiniões dos membros do tribunal, por fundamentos não acolhidos pela maioria, mas prescindíveis para o desfecho da causa. Em outras palavras, são considerações marginais às questões de direito efetivamente postas pela demanda, por isso, não vinculam as demais instâncias[318].

Os *obiter dicta*, no entanto, podem ser importantes para indicar como o tribunal decidirá casos futuros; contêm *insights* sobre argumentos que não foram acolhidos pela maioria, mas que podem ser adotados no futuro; sugerem a direção que determinada questão

---

[314] Origem do precedente jurisprudencial normativo.

[315] Cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes*: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 113-175; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial*: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259-282; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 11-37.

[316] MELLO, *Os precedentes*..., 2016.

[317] MELLO, *Os precedentes*..., 2016.

[318] MELLO, *Os precedentes*..., 2016.

será desenvolvida. Eles podem ter considerável importância para a fundamentação de decisões, mas os demais órgãos julgadores não estão obrigados a segui-los[319].

É o caso da ADPF 45. Por mais relevantes e paradigmáticos os argumentos utilizados pelo Min. Celso de Mello, eles não vinculariam os demais juízos, ainda que a decisão fosse proferida com o CPC/15 em vigor, isso porque ela foi extinta sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto da ação. Os argumentos mencionados são considerados *obter dictum.*

Dito isso, formado um precedente vinculante, compete aos juízos vinculados interpretá-lo e aplicá-lo aos novos casos semelhantes. Cabe a esses juízos produzir a primeira interpretação do precedente criado pela corte vinculante, a fim de confrontá-lo com a nova causa a ser julgada, para se aferir se constituem casos idênticos ou não[320].

As instâncias vinculadas devem identificar os fatos relevantes e as questões jurídicas controvertidas em cada caso concreto, para compará-los com os fundamentos do precedente. Quando os fatos juridicamente relevantes são diferentes e impõem a apreciação de questão de direito diversa, o precedente não se aplica. Trata-se de caso de *distinção*[321].

Ilustra-se com um exemplo: em julgamento de casos repetitivos, o STF declarou a constitucionalidade de norma que veda o deferimento de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública para o pagamento de vantagens a servidores públicos. É um precedente vinculante.

Um juiz de primeiro grau depara-se com caso de paciente terminal que demanda contra a Fazenda Pública para obter tratamento de saúde, em pedido liminar. O precedente anterior vincula a decisão do juiz? A resposta é negativa[322].

---

[319] Vide exemplo: supõe-se que um tribunal, ao julgar uma apelação, produza o seguinte texto: "Efetivamente, tal como defende o apelante, a sentença impugnada foi proferida por juízo absolutamente incompetente, motivo pelo qual é ela nula, apesar do acerto da fundamentação nela utilizada, já que, de fato, o juiz está certo ao concluir que é inválida a venda feita por um ascendente a um descendente, sem o expresso consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante". Tendo o tribunal invalidado a sentença, o conteúdo dela, sentença, perdeu completamente a importância. Mesmo assim, o tribunal entendeu de afirmar que, quanto ao conteúdo, a sentença estava correta. A afirmação feita pelo tribunal, no que toca ao acerto do conteúdo da sentença, era totalmente dispensável para o julgamento do caso. Nesse exemplo, a *razão de decidir* é a seguinte: é nula a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente. É este núcleo que deverá servir de diretriz por ocasião do julgamento posterior de casos semelhantes. O restante do texto é mero *obiter dictum*. Ao passo que o *obiter dictum* até possa significar um sinal de que aquela pode vir a ser no futuro a orientação do tribunal, o *obter dictum* não pode produzir os efeitos que extraíveis da *ratio decidendi*.

[320] MELLO, Os precedentes..., 2016.

[321] MELLO, Os precedentes..., 2016.

[322] Exemplo inspirado no julgamento proferido pelo STF no AgR na Rcl. 1.132, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 04.04.2003.

O fato "paciente terminal que requer concessão de tratamento de saúde" não se encontrava presente no primeiro caso. Este fato é juridicamente relevante na segunda causa porque recusar o deferimento de antecipação de tutela geraria efeitos diferentes em relação ao caso dos servidores públicos. Quando fatos diferentes colocam questões de direito distintas, o precedente normativo não pode influenciar a solução do novo caso[323].

É relevante ponderar que a ideia de precedentes vinculantes não implica em atribuir ao Judiciário papel diverso do que a Constituição já o fez. A atuação jurisdicional se sujeita ao princípio da inércia. O Judiciário só age quando e na medida em que é provocado. Em um julgamento, é costume que os membros do colegiado debatem livremente as matérias controvertidas. Mas apenas a razão de decidir é a que determinará como os casos futuros serão julgados. É nesta medida estreita que os precedentes vinculantes serão produzidos[324].

Os *obiter dicta* não podem gerar efeitos vinculantes, pois tratam sobre questões que podem nem ter sido debatidas pelas partes, o que viola o devido processo legal e o contraditório. A possibilidade de produzir precedentes vinculantes não confere aos tribunais "cheque em branco" para se manifestarem com força normativa sobre qualquer questão[325].

A atribuição de efeitos normativos aos precedentes judiciais também não corresponde à concessão de função legislativa ao Judiciário. Isso porque cabe ao Legislativo cabe definir o direito em *abstrato* sobre qualquer matéria pertinente. Ao Judiciário, entretanto, cabe definir o direito em *concreto*, exclusivamente quando e na medida em que provocado, após ampla argumentação das partes, a partir de fundamentos jurídicos preexistentes[326].

A relevância conferida aos precedentes pelo CPC/15 é grande e passa por outros dispositivos[327]. O art. 489, §1º, V, considera não fundamentada a decisão que invoque precedente ou enunciado de súmula, mas sem identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Essa exigência mostra que o elemento vinculante são as razões de decidir do precedente. A vinculação também só ocorre se a discussão da causa em exame "ajusta-se aos fundamentos" do julgado anterior.

---

[323] MELLO, Os precedentes..., 2016.
[324] MELLO, Os precedentes..., 2016.
[325] MELLO, Os precedentes..., 2016.
[326] MELLO, Os precedentes..., 2016.
[327] V. MARINONI, LUIZ Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais; NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Por sua vez, o art. 966, §5º, prevê o cabimento de ação rescisória contra decisão baseada em súmula ou em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Já pelo art. 1.037, §9º, quando se verifica que determinada causa é distinta dos recursos repetitivos sobrestados, o magistrado determina seu prosseguimento.

Para concluir, concorda-se com Grinover, que acredita que a ampla adoção de precedentes vinculantes pelo Novo Código de Processo Civil é um desafio e uma oportunidade. Desafio porque impõe à comunidade jurídica argumentar com noções pouco utilizadas até este momento, como *ratio decidendi*, *obiter dictum* e distinção entre casos. Oportunidade porque essas noções possibilitam o aprimoramento da prática jurídica, não apenas com os precedentes vinculantes, mas também com a jurisprudência de modo geral. Esse aprimoramento é fundamental para racionalizar o trabalho de tribunais, para assegurar maior previsibilidade jurídica e para promover o tratamento isonômico entre iguais[328].

Feita essa exposição[329], procura-se demonstrar a relevância do estudo dos precedentes em decisões que tratem da exigibilidade dos direitos sociais, para se testar a uniformidade, integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência.

Em diante, a pesquisa passa a descrever o método de seleção e análise das decisões judiciais que se utilizaram no embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível para decidir sobre a exigibilidade dos direitos sociais.

---

[328] GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 138

[329] Sobre as disfunções do sistema do CPC, valores que informam a eficácia vinculante, aceitação do efeito vinculante, rebate aos argumentos que defendem sua inconstitucionalidade, entre outros temas sobre os precedentes, cf. GRINOVER, *Ensaio*..., 2016, p. 146-162.

2 METODOLOGIA DE SELEÇÃO E ANÁLISE DOS JULGADOS

Após a pesquisa teórica, de busca, organização e estudo das obras necessárias à conceituação dos problemas jurídicos enfrentados pela dissertação, parte-se à análise documental[330] dos julgados, com a respectiva construção, organização e exame daqueles selecionados. A justificativa, os recortes, as variáveis e a forma de apresentação da pesquisa de jurisprudência pretendem ser expostas neste capítulo, de forma ampla, para depois serem especificadas nos capítulos referentes a cada tribunal.

2.1 JUSTIFICATIVA

A consolidação das discussões sobre a teoria do controle judicial de políticas públicas objetivou viabilizar uma análise crítica dos julgados coletados na segunda parte da pesquisa. O objetivo é verificar o comportamento decisório dos tribunais selecionados.

Primeiro, é necessário justificar a utilidade da pesquisa de jurisprudência.

Como sabido, em relação aos profissionais de direito, a pesquisa jurisprudencial chega a ser indissociável da prática profissional[331]. Entretanto, em um trabalho acadêmico, o uso estratégico de julgados – tal como na prática jurídica – não é a postura a ser adotada[332]. Em uma pesquisa acadêmica de jurisprudência, o propósito é identificar o modo pelo qual os tribunais compreendem determinando instituto jurídico, revelando-se eventuais posições consolidadas, divergências ou incoerências nos julgamentos. Não se trata de apenas selecionar os casos considerados mais importantes que reforcem uma tese jurídica, como eventualmente pode vir a ocorrer em petições forenses, ou até mesmo em algumas pesquisas científicas. O que se busca é analisar, com o máximo rigor metodológico, as posições dos tribunais, o que não necessariamente significa o acerto ou erro da interpretação jurídica

---

[330] V. CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean. *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, Vozes, 2010, p. 295-316. Também em GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 87-91

[331] V. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. O uso estratégico da jurisprudência na advocacia empresarial. In: CARMONA, Carlos Alberto; AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Estratégias processuais na advocacia empresarial.* São Paulo: Saraiva, 2011.

[332] V. PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Mariana. *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

verificada, é possível e devida a crítica às decisões[333].

Para justificar o método, o pesquisador deve se perguntar se ele será útil considerando os objetivos da pesquisa. No caso dessa dissertação, entende-se que sim, pois controle judicial das políticas públicas, como o próprio nome diz, dá-se no próprio Judiciário; e não em câmaras arbitrais, acordos extrajudiciais ou pareceres de especialistas, por exemplo. Pensar em outro tipo de pesquisa que não a análise de jurisprudência não pareceria o ideal[334].

Há mais. Sabe-se que o Judiciário não tem iniciativa própria, depende de outros agentes para se manifestar. Contudo, ele tem uma racionalidade própria em suas respostas. A decisão judicial não é exclusivamente determinada pela demanda do ator social que lhe acionou. Ela é reconstruída pelos termos, códigos, interesses jurídicos e sociais do próprio Judiciário, que é ator relevante no processo político. O juiz é capaz de legitimar escolhas políticas ou contribuir para protelar sua concretude[335].

Além disso, para Grinover, o método indutivo[336] é o ideal para se pensar sobre a teoria geral do processo e sobre a processualidade. A partir dele, examinado as características de cada processo e procedimento utilizado para a solução de conflitos diversos, é possível extrair os princípios gerais que regem cada disciplina processual, à luz da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo. O objetivo é buscar a tutela adequada e a indicação dos verdadeiros princípios gerais aplicáveis às disciplinas processuais. Nesse sentido, acredita-se na relevância do estudo dos julgados, pois, sob influência dos casos concretos, a teoria pode ser mais substancialmente criticada ou endossada.

Agora se explica o caminho metodológico adotado para a análise de julgados.

No e*studo de caso,* realiza-se um estudo intensivo de uma decisão, grupo de decisões ou questão-problema jurídica determinada, por meio da exploração da maior quantidade de variáveis nela envolvidas. O objetivo dessa metodologia é fazer o pesquisador adquirir uma compreensão mais apurada sobre as circunstâncias que determinaram a

---

[333] V. SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. Revista Direito GV, v. 6, p. 95-118, 2010.

[334] Sobre a relevância da decisão judicial como fonte criadora do Direito, v. KELSEN, Hans (1881-1973). Teoria pura do Direito (1934). 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, em especial p. 387-397, sobre a interpretação jurídica. No original alemão, *Reine Rechtslehre.* V. ainda, DWORKIN, Ronald (1931-2013). O império do Direito (1996). 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, em especial p. 3-5. No original inglês, *Law's Empire.*

[335] Duran, Camila Villard. Como ler decisões judiciais? Banco de materiais: Ensino Jurídico Participativo - FGV Direito SP, 2016, p. 3.

[336] GRINOVER, Ensaios..., 2016, p. 8.

ocorrência de um resultado. Assim, ao invés de utilizar uma metodologia rígida, com um protocolo fixo, o estudo de caso pressupõe certa autonomia na construção da narrativa e da estrutura de exposição do problema [337]. Ocorre que, para fins do escopo dessa dissertação, seria muita informação exaurir os julgados, da petição inicial ao último andamento judicial, sendo que o objetivo é menos ambicioso.

Já a metodologia de *análise de jurisprudência* consiste-se em coletar decisões dos tribunais sobre determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar momentos decisório. Realiza-se um retrato do "estado da arte" do assunto. O método permite a identificação da posição dos julgadores em relação ao problema, bem como suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que não tenham sido adotadas[338].

Uma terceira via metodológica, com características em comum com as duas anteriores é chamada *método de análise de decisões* (ou MAD)[339]. É caracterizada por protocolo de passos metodológicos capazes de:

a) organizar informações das decisões em determinado contexto;

b) verificar a coerência decisória nesse contexto;

c) tentar explicar o sentido das decisões a partir dos argumentos produzidos;

d) criar um procedimento de análise de decisões.

Em um primeiro momento, é feita uma pesquisa exploratória para se familiarizar com o tratamento do problema jurídico. Essa leitura busca identificar os elementos narrativos do tema, os dissensos argumentativos e os conceitos, princípios e institutos jurídicos sobre os quais há disputa. Uma possibilidade de problema jurídico é a oposição entre dois princípios nas decisões, como no caso dessa dissertação: o embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível; ou da eficácia dos direitos fundamentais contra a escassez de recursos.

Em um segundo passo, é necessário pensar em recortes institucionais, para que sejam escolhidos os órgãos decisores que vão ser pesquisados[340]. A escolha deve levar em

---

[337] Cf. YIN, Robert. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookmam, 2001.

[338] Cf. REIS, Luciana Silva. *Modelos de pesquisa de jurisprudência*: limites e potencialidades. Disponível em: http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Luciana-Silva-Reis.pdf

[339] Cf. FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universita Jus*. n. 21, Jul/Dez, 2010.

[340] Muitas são as possibilidades. Por exemplo: a) quanto à pluralidade interna de decisores: a.1) um único órgão singular; a.2) um único órgão colegiado; b) quanto à pluralidade de órgãos: b.1) mais de um órgão singular; b.2) mais de um órgão colegiado; c) quanto à hierarquia funcional: c.1) órgãos de mesma hierarquia funcional; c.2) órgãos de diferentes hierarquias funcionais; d) quanto à pertença a uma ordem jurídica

conta a *pertinência temática* e a *relevância decisória* dos julgadores. A pertinência temática refere-se à adequação entre o problema identificado, seu campo teórico e o âmbito decisório de discussão. Já a relevância decisória traduz-se no impacto da discussão no campo jurídico.

Com seleção das decisões, o pesquisador deve organizá-las de modo a tratar as informações obtidas; e verificar como os julgadores utilizam os conceitos jurídicos nas narrativas decisórias.

O momento seguinte é o da reflexão sobre a prática decisória dos tribunais, com o objetivo de identificar seu *sentido*.

É preciso uma breve digressão. Em um texto jurídico, é possível diferenciar nas palavras *descritivas* das *de valor*. A distinção diz respeito à função lógica de cada uma delas no discurso.

As palavras descritivas são aquelas que não têm sentido prescritivo; elas têm a função de designar um objeto[341]. Já as palavras de valor, por terem função de qualificar um determinado objeto[342], não são estáveis semanticamente de forma apriorística. Na motivação da decisão, é necessária a indicação das circunstâncias descritivas que estão presentes no caso.

Por exemplo, se uma decisão determina que o pedido procede em razão da dignidade da pessoa humana, a expressão "dignidade" tem de ser justificada de forma que seja possível a identificação de quais as circunstâncias que determinam o estado de "indignidade". Nesse caso, o juiz tem que descrever o contexto fático que determina que a situação é "digna".

---

nacional: d.1) órgãos inseridos em um mesmo sistema normativo; d.2) órgãos de mais de um sistema normativo (ordens jurídicas nacionais distintas) e) quanto à pertença à ordem jurídica internacional; e. 1) um único órgão internacional, como, por exemplo, o TPI; e. 2) mais de um órgão internacional, como, por exemplo, a Corte de Haia e a OMC; e. 3) um ou mais órgãos internacionais e um ou mais órgãos nacionais.

[341] Dizer que algo é um automóvel é usar a palavra "automóvel" no sentido descritivo. Essa afirmação não pede uma justificação para que seja plenamente compreendida.

[342] Por outro lado, dizer "isto é um bom automóvel" pede uma justificação sobre a avaliação feita a respeito da qualidade atribuída ao objeto.

Caso não o faça, o discurso acaba extravasando para a possibilidade de arbítrio, dada a falta de justificação plena[343]. Há, portanto, "déficit de justificação"[344].

Identificado o modo pelo qual o julgador constrói o sentido dos termos utilizados, é possível tentar se interpretar outros dados. Por exemplo, pode o pesquisador querer fazer uma análise sobre a coerência sistêmica das decisões a partir de um marco que assuma essa premissa – como a ADPF 45, no caso dessa dissertação. É o que se pretendeu fazer.

Diante dos problemas de pesquisa postos na introdução do trabalho, da justificava supracitada e do caminho metodológico percorrido, visualiza-se que há pertinência do método para a teoria e prática do direito.

2.2 RECORTES

Uma das premissas da pesquisa de jurisprudência consiste-se na delimitação do tema, vez que esse tipo de método não combina com generalidade. Para isso, seu direcionamento é necessário, por meio dos recortes jurisprudenciais[345].

Como mencionado, o recorte *institucional* é aquele correspondente à delimitação da pesquisa a uma ou mais instituições. Este pesquisador não poderia se aventurar a colher decisões de todos os órgãos decisórios, pois correria o risco de não ter fôlego para análise.

A pesquisa decidiu então focar nas decisões do: a) Supremo Tribunal Federal; b) Superior Tribunal de Justiça; c) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e; d) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

---

[343] Nesse sentido, o art. 489, § 1º do CPC/15 tenta exigir uma melhor fundamentação nas decisões judiciais: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Mesmo assim, o STJ, no EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi, j. 08.06.2016, decidiu que o juiz não é obrigado a enfrentar todas as questões suscitadas pelas partes, mesmo na vigência do CPC/15 (Info 585).

[344] Sobre esse tema, denominado por José Rodrigo Rodriguez como "zonas de autarquia", v. RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013. Cf. também SOUZA, Caio Victório de Souza. *A motivação das decisões judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos pelo Estado*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

[345] V. PALMA et al. Meu trabalho precisa de jurisprudência..., 2012.

A inclusão do *Supremo Tribunal Federal*[346] justifica-se por se tratar do órgão de cúpula do Poder Judiciário, incumbido do controle da constitucionalidade das decisões, cerne do objeto desse estudo[347].

Já as decisões do *Superior Tribunal de Justiça* decorrem de sua intensa atuação sobre o tema enquanto Tribunal Superior, motivada pela sua missão de uniformização da interpretação da legislação federal[348].

As decisões do *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* são objeto da pesquisa em razão da sua representatividade em relação ao Poder Judiciário nacional, já que se trata do maior tribunal do país (e do mundo)[349], bem como pela proximidade do pesquisador e relevância para academia e para os operadores do Direito paulistas[350].

A inclusão das decisões do *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul* como objeto de pesquisa justificou-se pela quantidade[351] de julgados desse órgão judicial, pela sua, ao menos imaginada, postura progressista[352], e também como contraponto de Tribunal de Justiça em outra região do país.

---

[346] Em 21.11.2014, foi feita pesquisa na página de Pesquisa de Jurisprudência do STF < http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> com os termos "controle judicial políticas públicas", sendo encontrados 23 acórdãos, 223 decisões monocráticas, 44 decisões da presidência, 1 repercussão geral e 28 informativos.

[347] Sobre a pesquisa em jurisprudência no STF, v. COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana. M. (Org.). *Jurisprudência Constitucional* - Como decide o STF? São Paulo: Malheiros, 2009.

[348] Art. 105, III, da CF.

[349] O CNJ divulgou o relatório Justiça em Números 2015 (ano-base 2014). Os dados confirmam destaque do TJSP no cenário nacional, maior Corte do País e do mundo. Dos quase 100 milhões de processos no Brasil (estoque e casos novos), o TJSP concentra 26% dos feitos. De acordo com o documento, na Justiça Estadual encontra-se a maior parte dos processos: 81% do movimento Judiciário. O relatório destaca que os resultados apresentados nesse ramo impactam, diretamente, todas as análises globais da Justiça brasileira. E o TJSP detém 17% das unidades judiciárias, 26% dos servidores e 29% dos casos novos de toda a Justiça Estadual brasileira. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=28002>

[350] Em 21.11.2014, foi feita pesquisa na página de Pesquisa de Jurisprudência do TJ-SP <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do.> com os termos "controle judicial políticas públicas", sendo encontrados 35.081 acórdãos com a busca sendo feita pela pesquisa livre, e 159 acórdãos com a pesquisa sendo feita pela ementa.

[351] Em 21.11.2014, foi feita pesquisa na página de Pesquisa de Jurisprudência do TJ-RS <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=ementario.> com os termos "controle judicial políticas públicas", sendo encontradas aproximadamente 55.800 acórdãos com a pesquisa sendo feita pelo inteiro teor, e 1.010 acórdãos com a pesquisa sendo feita pela ementa.

[352] Exemplo disso é que, no Brasil, o Direito Alternativo mereceu destaque nas discussões de um grupo de magistrados gaúchos, em encontros promovidos pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, onde discutiam propostas a serem apresentadas ao Congresso Nacional, visando organizar sugestões ao processo constituinte. O movimento do Direito Alternativo no Brasil surgiu como uma crítica ao direito tradicional, convergindo estudos para um objetivo comum, qual seja, uma sociedade plenamente democrática. Além disso, a formação de uma ideologia única, com objetivos bem definidos, de aplicabilidade prática constante pelos operadores do Direito, são os aspectos relevantes para a fixação e difusão do Direito Alternativo. Portanto, o Direito Alternativo tem como ponto de partida o fato social que originou o litígio, que torna

No Estado do Rio Grande do Sul vigora, ainda, a Lei Estadual nº 9.908/93, que tem por objetivo o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para as pessoas que não dispõem de condições financeiras suficientes para, sem comprometer seu sustento e o de suas famílias, adquiri-los[353]. Diante da ampliação do rol de deveres desse Estado, seria possível algum incremento na judicialização da saúde nesse tribunal, pela maior possibilidade de descumprimento da norma.

No TJ-RS optou-se igualmente pela análise dos acórdãos, mas também das decisões monocráticas, porque pela leitura exploratória dos julgados, a utilização do art. 557 do CPC/73[354] é considerável. Trata-se de ampliação dos poderes do relator, seja para dar ou não provimento ao recurso, caso ele esteja em conformidade ou desconformidade com a jurisprudência de seu Tribunal ou dos Tribunais Superiores. Atualmente, o dispositivo encontra-se no art. 932, IV e V do CPC/15.

Cogitou-se incluir o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, corte federal responsável pelas causas nos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, na expectativa de compará-la com o posicionamento dos tribunais estaduais. Todavia, a pesquisa em seu banco de dados de jurisprudência não levou a resultados expressivos[355]; em que pese sua relevância, até para futuras pesquisas com outros termos, o tribunal foi descartado[356].

Uma breve ressalva quanto aos julgados encontrados nos Tribunais Superiores. Observou-se com a pesquisa das páginas eletrônicas do STJ e do STF que seus bancos de dados não contemplam a totalidade das decisões em seu sistema de busca de jurisprudência. Isso se deve ao sistema de seleção dos julgados que são definidos pelos próprios tribunais para compor a plataforma eletrônica.

---

necessária a busca de normas legais aplicáveis (LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES , Gustavo Alves de Castro; PIRES, Carolina Lins de Castro. Análise ontológica do direito alternativo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 121, fev. 2014.)

[353] Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=14687&hTexto=&Hid_IDNorma=14687>

[354] Art. 557, do CPC/73: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

[355] Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaResumida/1?np=0>. Utilizando os termos "controle judicial de políticas públicas" no campo "pesquisa livre", encontrou-se apenas 11 julgados: 10 em relação ao fornecimento de medicamentos, 1 em relação à improbidade administrativa.

[356] Especificamente sobre o mínimo existencial no TRF-3, v. CARVALHO, Filipe Augusto Lima Hermanson. *O mínimo existencial e a judicialização dos direitos sociais*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 129-131.

A classificação dos acórdãos em “principais” e “sucessivos” acaba implicando em uma definição da linha jurisprudencial de acordo com a perspectiva dos tribunais, não conforme a perspectiva do usuário. Trata-se de técnica utilizada pelos tribunais para viabilizar a disponibilização de informação ao usuário, tendo em vista o grande volume de acórdãos proferidos diariamente, mas que acaba causando algum defeito no universo de decisões encontrado[357].

Felipe de Paula acrescenta ainda a dificuldade na escolha de critérios para indexação dos julgados nos repertórios de jurisprudência, com relativa confusão entre *ratio decidenci* e *obter dictum*[358]. De fato, como se verá nos capítulos próprios, muitas decisões são excluídas em razão da pouca correspondência entre os termos pesquisados e os resultados do acórdão.

Dito isso, outro recorte é o *temático*. Dentre as diversas possibilidades de tema para se analisar julgados, optou-se analisar como os tribunais posicionaram-se em relação ao controle judicial de políticas públicas, com enfoque no conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível, ponderando por meio razoabilidade, caso o façam.

Há também um recorte *temporal,* com a finalidade de restringir a quantidade de julgados. No TJSP, optou-se pelas decisões dos anos de 2013 e 2013. No TJRS, apenas pelas decisões do ano de 2014.

Outro recorte é o *processual*, que considera elementos processuais para a delimitação do tema, como o tipo de recurso por meio do qual a questão foi levada à apreciação do tribunal, a concessão de liminares ou a aplicação de precedentes. Por mais viável que fosse esse recorte, notadamente porque a área de concentração da pesquisa é do Direito Processual Civil, não se entendeu que com ele a análise dos julgados selecionados seria necessariamente mais relevante ou representativa. Serão analisados elementos processuais das decisões e elas serão separadas em *ações individuais, coletivas,* ou *pseudoindividuais*, mas não há recorte com base nesses mesmos elementos.

Outros recortes poderiam ser adequados, mas se acredita que os até então escolhidos foram suficientes para obtenção de um número de decisões que se consiga trabalhar e, ao

---

[357] Sobre o tema, v. VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, jan 2014, p. 105-139. Os autores entendem que apenas com a disponibilização da integralidade dos julgados pelos tribunais, em seu inteiro teor, seria possível a leitura do papel exercido pelos tribunais superiores pela perspectiva do usuário. Acreditam que a construção daquilo que é considerado jurisprudência é elaborada exclusivamente pelo tribunal, cabendo a apenas a ele diferenciar as informações relevantes das irrelevantes, sem dar ensejo a outras interpretações.

[358] DE PAULA, Felipe. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 150.

mesmo tempo, adequado para responder às perguntas lançadas (suficiência representativa das decisões).

Na impossibilidade de se analisar todos os julgados sobre o tema, pela escassez de tempo, pelas falhas de pesquisa dos buscadores dos tribunais e pela própria impossibilidade de se pensar em todas as combinações de termos que levem a decisões sobre o tema, espera-se que os recortes postos sejam suficientes.

2.3 VARIÁVEIS E APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS

As variáveis da pesquisa são aquelas informações que vão ser analisadas. A ideia é que o pesquisador, com atenção ao tema e aos objetivos, construa filtros para seleção dos dados que servem ao desenvolvimento do estudo, a fim de responder às perguntas da pesquisa[359].

Segundo Linda Edwards, a decisão judicial é formada por três elementos principais: fatos, raciocínio e decisão[360]. Com isso em vista, o objetivo é determinar como os tribunais encaram os conceitos do mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, nas ações judiciais que discutem o controle judicial de políticas públicas, a partir desses elementos.

Para isso, foi elaborado um roteiro de leitura (*case brief*), delineado na ficha apresentada a seguir, contendo as regras de recorte, os objetivos e as hipóteses[361].

FICHA DE LEITURA – Caso X
Nome e número da ação em que se proferiu a decisão
Órgão julgador e relator
Partes
Data de julgamento
Na origem, ação individual ou coletiva
Resultado do julgamento, com o dispositivo da decisão, e se tomada por maioria ou unanimidade
Política pública em questão
Citação de norma nos votos analisados
Citação de precedente nos votos analisados
Citação de doutrina nos votos analisados
Citação do conceito de mínimo existencial
Citação do conceito de reserva do possível
Citação do conceito de razoabilidade

[359] QUEIROZ; FEFERBAUM. *Metodologia jurídica...*, 2012, p. 103.
[360] EDWARDS, Linda. *Practical case analysis*. West, St. Paul, 1996.
[361] V. PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Como organizo informações da jurisprudência que leio? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Mariana. *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

Citação de outros conceitos relacionados ao controle judicial de políticas públicas
Breve sistematização das linhas argumentativas utilizadas
Menção aos conceitos mencionados como *obter dictum* ou *ratio decidendi*

Convém ressaltar que, para que o caminho metodológico adotado possa, eventualmente, ser refeito por outros pesquisadores, seja para validar ou contestar as conclusões apresentadas, é preciso expor o modo que as informações foram percebidas. A composição das decisões selecionadas será contemplada nos capítulos próprios, com os seguintes elementos: a) indicação do site em que a pesquisa foi realizada; b) apresentação dos critérios de busca utilizados e as respectivas ocorrências; c) justificativa das exclusões de decisões; e) indicação do total do conjunto de casos que serão analisados.

Finalizada a justificativa e o passo a passo geral da metodologia, segue a análise dos julgados dos tribunais, com início pelo Supremo Tribunal Federal.

3 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

O Capítulo 3 trata dos julgados do STF. No primeiro tópico, expõe o método de seleção das decisões; no segundo, sua análise; no terceiro, as conclusões alcançadas; também com a apresentação de outros estudos jurisprudenciais realizados sobre decisões não acobertadas na pesquisa desse autor, para melhor entendimento do tema.

3.1 SELEÇÃO

A seleção das decisões no Supremo Tribunal Federal foi consolidada em 17 de abril de 2015, pelo acesso da página de Pesquisa de Jurisprudência do STF[362] com os termos "controle adj judicial ad de adj políticas adj públicas", sendo encontrados 26 acórdãos, 223 decisões monocráticas, 44 decisões da presidência, 1 repercussão geral e 28 informativos.

Os termos "mínimo adj existencial", "reserva adj do adj possível" e "razoabilidade", também foram testados, mas não alteraram os resultados com a primeira pesquisa, pois os casos relacionados ao tema eram os mesmos.

Foram selecionados os 26 acórdãos, em detrimento dos outros tipos de decisão, pela natureza colegiada dessas decisões, vez que, não obstante à relevância de determinadas decisões monocráticas, como a própria ADPF 45, entende-se que não representam adequadamente um tribunal enquanto órgão colegiado[363].

Seguiu-se uma análise prévia dos acórdãos que realmente tratam do controle judicial de políticas públicas, excluindo-se aqueles que se referiam, por exemplo, do controle do mérito de atos administrativos isolados. Desses 26 acórdãos, 16 foram excluídos[364], restando 10 acórdãos para análise com profundidade (38,4%).

---

[362] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 17 abr. 2015.

[363] Sobre o princípio da colegialidade, v. RODRIGUES, Walter Piva. O princípio da colegialidade das decisões nos tribunais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 1, p. 176-178, abr. 2003.

[364] Acórdãos excluídos: Recurso Extraordinário 658312 SC, Agravo Regimental na Ação Cível Originária 1.848 MA, Recurso Extraordinário 567.985 MS, Recurso Extraordinário 580.963 PR, Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 DF, Ação direta de inconstitucionalidade 4.029 DF, Ação declaratória de constitucionalidade 29 DF, Ação declaratória de constitucionalidade 30 DF, Ação direta de inconstitucionalidade 4.578 DF, Ação declaratória de constitucionalidade 19 DF, Ação direta de inconstitucionalidade 4.424 DF, Referendo na medida cautelar na ação cível originária 1.889 RN, Arguição de descumprimento de preceito fundamental 101 DF, Petição 3388 RR, Mandado de segurança 24.849-1 DF, Mandado de segurança 24.831-9 DF

3.2 ANÁLISE

Preferiu-se dividir os julgados em ações coletivas e individuais. Foi uma forma, sem pretensão estatística, de avaliar por meio de qual instrumento processual a discussão chegou ao Tribunal.

3.2.1 AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas são instrumentalizadas essencialmente na forma de ação civil pública ou mandado de segurança coletivo. Lembrando que algumas discutem direitos, de fato, coletivos em sentido amplo; enquanto outras buscam tutelar direito individual pelo instrumento coletivo.

3.2.1.1 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410715 SP (2005)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Santo André
Data de julgamento:	22.11.2005
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação pseudocoletiva – ação civil pública em nome de uma pessoa
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Educação infantil – vaga em creche
Citação de norma	Sim
Citação de doutrina	Sim
Citação de precedente	Sim
Citação do mínimo existencial	Sim
Citação da reserva do possível:	Sim
Citação da razoabilidade:	Sim

Um ano após o julgamento da APDF-45, começa a análise dos acórdãos que compõem o universo dessa pesquisa. Nesse primeiro, o AgRE 410715, que incide sobre as políticas públicas de educação, decidiu-se que é dever do Estado garantir à criança de até seis anos de idade o acesso à creche e ao ensino fundamental, independentemente da oportunidade e conveniência do Poder Público[365].

Com esse entendimento, o Min. Celso de Mello assegurou a um menino, à época do julgado com quatro anos de idade, a matrícula em creche pública administrada pela

[365] Sobre o tema, v. VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil:* características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo, Saraiva, 2011.

Prefeitura Municipal de Santo André (SP). Desde que o menino tinha nove meses de idade, os pais tentavam obter vaga em uma das creches municipais onde pudessem deixar o filho enquanto trabalhavam. O Município, entretanto, recusava-se a matricular a criança.

Diante da situação, o Ministério Público de São Paulo ingressou com ação civil pública na Justiça Paulista requerendo que o Município fosse obrigado a garantir a vaga em creche próxima à residência do menino. Trata-se de ação que se denominou *pseudocoletiva*, em razão de se utilizar o instrumental da ação civil pública para tutelar o direito de um só indivíduo. Em primeira instância, o pedido foi deferido[366]. O Município recorreu ao TJ-SP e a determinação foi suspensa[367]. Em recurso extraordinário, decisão monocrática do Ministro Celso de Mello restabeleceu a sentença, pelos fundamentos que se passa a analisar.

O AgR no RE 410715 faz bastante referência à ADPF 45, o que o torna um exemplo do uso dessa decisão paradigma como precedente. Ainda torna possível averiguar eventual contraste (ou não) entre o tratamento dado ao direito à saúde, na ADPF 45, e o direito à educação

A decisão começa por reconhecer o dever do Estado de efetivar o direito à educação para crianças de 0 a 6 anos de idade por meio do atendimento em creches e pré-escolas (art. 208, IV, da CF) e a exaltar a importância do direito à educação[368]. Afirma que o não cumprimento deste preceito constitucional "configura-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".

Celso de Mello reporta-se à ADPF 45, no sentido de que a concretização dos direitos sociais é feita de forma gradual e indissociável da disponibilidade de recursos. Ao abordar a reserva do possível, admite que o pedido de imediata efetivação de um direito social só deve ser concedido quando razoável e quando houver disponibilidade econômico-financeira do poder público.

Ainda citando a ADPF, lembra que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de

---

[366] Sobre as decisões sobre a política de educação nesse período no TJ-SP, v. SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. *O direito à educação de crianças e adolescentes*: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008). Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

[367] Ementa do acórdão: MENOR - Ação civil pública, objetivando matrícula de criança em creche municipal. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da Administração. Embargos infringentes acolhidos para julgar improcedente a ação.

[368] Sobre o tema, v. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Direito à Educação* - Aspectos Constitucionais. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

suas obrigações constitucionais, principalmente quando a omissão "resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

Mesmo que a formulação de políticas públicas não seja papel do Judiciário, cabe a ele, "em bases excepcionais", obrigar que políticas sejam implementadas pelos órgãos estatais cuja omissão se mostra inconstitucional.

A decisão cita Otávio Henrique Martins Port[369]. Para o autor, a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado, exceto quando há "justo motivo aferível".

Para Celso de Mello, o processo de concretização do direito à educação infantil não se subordina a "avaliações meramente discricionárias da Administração Pública" ou a "puro pragmatismo governamental":

> A educação infantil [...] não permite que em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em "argumentos de natureza política e econômica", nulificar este preceito fundamental [...]

Para reforçar o argumento, a decisão cita Regina Maria Fonseca Muniz[370], que entende que a vinculação do administrador às políticas estabelecidas na Constituição Federal faz com que a sua omissão seja passível de responsabilização, pois sua margem de discricionariedade é "mínima, não contemplando o não fazer": "o Estado não pode se furtar de tal dever sob a alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação".

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen[371] também é mencionada para apoiar a tese:

> O administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

---

[369] PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. Ponta Grossa: RCS Editora, 2005.

[370] MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[371] FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas:* a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Maria Moreira Marchesan[372], também citada, afirma que "ineficiência administrativa", "descaso governamental com direitos básicos do cidadão", "incapacidade de gerir recursos públicos", "incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública", "falta de visão política do administrador" e a "inoperância funcional dos gestores públicos" não podem ser usados como obstáculos para implementação do direito à educação.

Muitos outros autores são referidos para suportarem as ideias do voto do Min. Celso de Mello[373].

Pode-se dizer que os argumentos doutrinários citados criaram um problema de coerência lógica para a decisão, pois vão de encontro com o que se afirmou na ADPF 45.

Uma parte do acórdão acaba por negar a outra. Em seu início, fala-se no caráter gradual da concretização dos direitos sociais, na dependência desses direitos de recursos financeiros, na reserva do possível e que a formulação de políticas públicas cabe primordialmente aos poderes Executivo e Legislativo.

Mas, logo em seguida, a decisão passa a afirmar que o espaço de discricionariedade da administração é mínimo, ou não existente, e que argumentos de natureza econômica não podem ser aceitos para justificar a não concretização do direito à educação.

Uma das hipóteses dessa pesquisa é que a ADPF 45 representaria uma mudança do posicionamento do STF em relação à questão da reserva do possível, do custo dos direitos e da escassez de recursos[374]. Não se acredita que o AgR no RE 410715, todavia, comprova essa assertiva.

Primeiro porque a reserva do possível, custo dos direitos e escassez de recursos foram tratados de forma teórica, sem se adentrar na análise do caso concreto. Por essa decisão, ainda não se pode saber:

a) o que é um *pedido razoável*;

---

[372] MARCHESAN, Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *RT*, v. 87, n. 749, p. 82–103, mar. 1998.

[373] Cf. Fernando Facury Scaff (*Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*, 2005); Eduardo Appio (*Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005); Maria Cristina de Brito Lima, (*A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003) e Emerson Garcia (O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: *Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 149-198). A quantidade de doutrinadores citados nestas decisões chama a atenção. No total, existem 16 citações de doutrina, e, em uma decisão de 22 páginas, retirando 6 páginas da ementa, extrato da ata e relatório, a média é de uma citação doutrinária por página. Thiago Acca também observa essa peculiaridade dessa decisão, ao dissertar sobre a importância da doutrina na cultura jurídica e não construção do direito (*Teoria brasileira*..., 2013, p. 42).

[374] Mais sobre o tema, a saber, v. WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

b) como se afere *a capacidade financeira do Estado*;

c) quais são as *hipóteses excepcionais em que cabe intervenção do Poder Judiciário*.

Isso porque não houve referência ao caso concreto, pelo contrário; optou-se pela sucessão de argumentos doutrinários que, no entendimento desse autor, contradisseram o que a própria decisão afirmou inicialmente. A análise efetiva da reserva do possível, do custo dos direitos e da escassez de recursos não foram problemas levados em consideração no julgamento.

A decisão do Min. Celso de Mello também acabou por citar, como precedentes, decisões que envolviam o direito à saúde e ignoravam a reserva do possível, o custo dos direitos e a escassez de recursos.

Da decisão monocrática, foi interposto agravo regimental pelo Município de Santo André, alegando que não há como se cobrar somente do Município a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento a crianças em creches e escolas de educação infantil. O dever seria de todos os entes federados. A carência de recursos também limitou o atendimento e a possibilidade de ampliação de vagas. O agravante ainda alegou que decisão causaria prejuízos ao orçamento e à própria qualidade da prestação do serviço, tratando-se de ingerência do Judiciário no Executivo.

Conduzidos pelo voto do relator Min. Celso de Mello, nos mesmos termos da decisão anterior, a 2ª Turma do STF negou provimento ao recurso.

Ressalta-se que, atualmente, pelo art. 1.021, § 3º, do CPC/15, é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno, o que acabou por ocorrer nesse caso.

Dito isso, o que se conclui? Esse acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45 na aplicação da tensão do mínimo existencial e reserva do possível, temperada pela razoabilidade[375]? O que se entende é que a decisão repetiu os postulados da ADPF 45, mas

[375] Em outras palavras, que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. Que intérprete deverá levá-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, que não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. Que a meta central da CF/88 pode ser resumida na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. 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

sem confrontá-los com o caso concreto. Na prática, ficou subentendido que o direito postulado (acesso à educação infantil) fazia parte do mínimo existencial, já que a tutela foi concedida, mas a extensão do mínimo existencial e do direito à educação não foram explicitamente considerados.

Da mesma maneira, não se analisou a contingência concreta de recursos, tampouco a razoabilidade da pretensão individual contra a irrazoabilidade da Administração. Acredita-se que esse déficit de fundamentação não contribui com o papel da Corte Constitucional em dar concretude aos comandos abstratos da Carta Maior, que resolveu o caso concreto, mas não balizou a interpretação para casos futuros.

Quanto à aplicação do PL 8058/14, sabe-se que pelo art. 7º, na hipótese de 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. Considera-se mínimo existencial, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição Federal, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana.

Já o art. 28 diz que, na hipótese de ações que objetivem a tutela de direitos subjetivos individuais cuja solução possa interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz somente poderá conceder a tutela na hipótese de se tratar do *mínimo existencial* ou *bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada,* e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Como se vê, o acesso à educação básica, pelo teor do art. 208, I e IV da CF, é considerado bem da vida assegurado em norma constitucional de forma completa e acabada. Entretanto, no referido acórdão, não se faz a distinção entre o bem da vida assegurado nesse tipo de norma constitucional e o mínimo existencial, sendo a tutela concedida de forma ampla. Em que pese às críticas a esse dispositivo que de certa forma restringe o acesso à justiça, a diferenciação dos conceitos é importante, entendendo-se pela relevância e necessidade dessa argumentação.

Já se viu também que o PL obriga a troca de informações entre a Administração e o Judiciário sobre as políticas públicas em andamento. Apesar de se tratar de um acórdão do

---

de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a *reserva do possível* [...] Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a *razoabilidade* da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

STF, acredita-se que o enfrentamento pela Corte Constitucional de questões como o planejamento, execução, recursos financeiros previstos no orçamento e cronograma para o cumprimento das políticas de educação ajudaria a trazer melhores balizas interpretativas para casos futuros.

É o que pretendeu na STA 175, explorada a seguir.

3.2.1.2 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CE (2010)

Partes envolvidas:	MPF x Município de Fortaleza, Estado do Ceará e União
Data de julgamento:	17.03.2010
Relatoria do acórdão:	Gilmar Mendes
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação pseudocoletiva – ação civil pública para tutelar direito estritamente individual
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Cinco anos após o julgamento do AgRE 41075, é decidida a STA 175, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes. Faz-se primeiramente uma breve contextualização que levou à referida suspensão de liminar[376].

A partir do final dos anos 90, houve no Brasil um crescimento do número de ações judiciais com o objetivo de condenar o Estado, em todos os níveis federativos, à prestação de serviços de saúde com base no direito fundamental prescrito nos arts. 6º e 196 da Constituição[377]. Diante da constitucionalização do dever estatal de garantir tal direito mediante políticas públicas, muitas causas chegaram ao STF, por diferentes tipos de ações e recursos.

[376] Sobre o tema das suspensões de decisão em diversos assuntos no STF, e especificamente nessa, v. PRETZEL, Bruna Romano. *O interesse público no Supremo Tribunal Federal:* legitimidade e governabilidade na suspensão de decisões judiciais. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

[377] Sobre como o STF julga o fornecimento de medicamentos, v. RAMOS, Luciana de Oliveira. O uso dos precedentes pelo STF em casos de fornecimento de medicamentos. In: COUTINHO; VOJVODIC (Org.). *Jurisprudência Constitucional*..., 2009.

Ao se multiplicarem as decisões em favor dos cidadãos, os entes federativos utilizaram-se não apenas das vias recursais disponíveis, mas também da possibilidade de requerer a suspensão das decisões[378].

A proliferação dos pedidos de suspensão levou o Ministro Gilmar Mendes, durante o período em que foi Presidente do STF, a convocar audiência pública para discutir diversos aspectos relativos ao processo de "judicialização da saúde", com a finalidade de investigar a compatibilização entre efetivação do direito com a capacidade gerencial e financeira do Poder Público[379]. A audiência foi realizada em 2009[380].

Quase um ano depois, em março de 2010, o Plenário do STF julgou "em bloco" oito agravos regimentais[381] interpostos por Estados ou pela União contra decisões da Presidência que haviam negado a suspensão.

O julgamento "em bloco" foi uma estratégia informal[382] de decisão, justificada pelo mesmo tema: fornecimento de medicamentos excepcionais; muito embora as circunstâncias de cada caso fossem distintas. Na prática, o STF proferiu apenas um julgamento, cada ministro apenas um voto e o acórdão foi reproduzido, literalmente, em todos os agravos do bloco. O caso tomado como "paradigma" foi a Suspensão de Tutela Antecipada 175, motivo pelo qual será a decisão analisada neste tópico.

Tanto a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes quanto o acórdão do STF, na ponderação entre o direito à saúde e interesses da Administração Pública, deram preferência ao primeiro, considerando que possíveis lesões ao orçamento e ao SUS não são motivo suficiente para o não-atendimento da demanda particular.

O caso teve início em 2006, com ação civil pública[383], proposta pelo Ministério Público Federal do Ceará, que visava proteger os interesses de Clarice Abreu de Castro

---

[378] Art. 4° da Lei 8.437/92 (Lei das Cautelares contra o Poder Público): Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

[379] Melhor explorado no tópico 4.4

[380] V. DUARTE, Ricardo Cesar. *A utilização de audiências públicas no Judiciário*: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

[381] STA-AgR 175, SS-AgR 2361, SL-AgR 47, SS-AgR 2944, SS-AgR 3345, SS-AgR 3355, STA- AgR 278 e SS-AgR 3724.

[382] Sobre a formalização do julgamento "em bloco de demandas", v. o incidente de resolução de demandas repetitivas no CPC/15, arts. 976 a 987. V. ainda PUOLI, José Carlos Baptista. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*. Brasília: OAB Conselho Federal, 2016, p. 98-100.

[383] Ação Civil Pública 2006.81.00.003148-1, perante a 7ª Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Ceará.

Neves, de 21 anos, portadora da rara doença de Niemann-Pick tipo C[384], que instaurou na paciente um quadro neurodegenerativo progressivo.

Como se viu, trata-se de ação pseudocoletiva, pois é utilizado o instrumento da ação civil pública para tutelar direito estritamente individual. O MPF considerou que se tratava tanto de direito difuso quanto de direito individual indisponível, daí seu dever de atuar no caso[385] e o uso da ação civil pública como instrumento.

Segundo o MPF, o medicamento *miglustat* (*Zavesca*), importado da Suíça, seria capaz de bloquear o avanço da doença. Porém, seu custo era proibitivo para a família da paciente e não havia registro do fármaco na ANVISA. O objetivo da ação era compelir União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, em responsabilidade solidária, a fornecerem o medicamento gratuitamente à paciente, com fundamento no direito à saúde.

O juízo de primeira instância extinguiu o processo sem resolução do mérito, por considerar que o Ministério Público Federal não possuía legitimidade ativa para o pedido formulado. O MPF apelou da decisão, revertendo a decisão no Tribunal Regional Federal da 5ª Região[386], que lhe reconheceu a legitimidade ativa e concedeu tutela antecipada para determinar aos réus o fornecimento do medicamento.

Em 2007, a União apresentou, então, pedido de suspensão no STJ (SLS 778 CE), com fundamento na ilegitimidade do MPF e da União, bem como pelo potencial lesivo da decisão sobre o funcionamento do SUS.

O ônus financeiro continuado imposto à União, de aproximadamente R$ 624.000,00 anuais, não seria razoável, acarretaria no proibido redirecionamento de verbas (arts. 165, III[387] e 167, II[388] da Constituição) e prejuízo à efetivação das políticas de saúde já planejadas. Além disso, o crescimento do número de demandas contra a União em matéria de saúde incentivaria ao descumprimento de obrigações pelos outros entes federativos.

---

[384] Niemann-Pick C (NP-C) é o tipo mais conhecido da doença, decorrendo de mutação genética no cromossomo 18, na maioria dos casos. Algumas pessoas com a doença apresentam mutação genética no cromossomo 14. A deficiência da proteína NPC1 nas pessoas com a doença causa o transporte deficiente do colesterol pelas células do corpo, motivando acúmulo excessivo desse colesterol no fígado, no baço e de outras moléculas gordurosas no cérebro, provocando degeneração do sistema nervoso e grave comprometimento neurológico. Estima-se que a incidência da NPC seja de 1 a cada 120 mil pessoas. Acredita-se que a doença seja subdiagnosticada em virtude da dificuldade do diagnóstico. A NPC pode se apresentar no nascimento, na infância, na adolescência, ou na idade adulta. A forma mais grave é a que se apresenta no nascimento da criança. Os problemas constantes da ampla sintomatologia neurodegenerativa do Tipo C são tratados com medicações paliativas e cuidados de fisioterapia, fonoterapia e nutrição. Disponível em: <http://niemannpickbrasil.org.br/niemann-pick/tipo-c-da-doenca/>

[385] Arts. 127 e 129 da CF/88.

[386] Apelação 408729/CE.

[387] Art. 165, III: "Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão os orçamentos anuais".

[388] Art. 167, II: "São vedadas a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais".

Para a União, a interferência do Judiciário na alocação de recursos do SUS geraria lesão não somente à ordem administrativa, mas também à saúde pública e à *ordem econômica*. Diante disso, as prestações devidas pelo Estado para a concretização dos direitos sociais teriam como limitação a *reserva do possível*.

A ordem de fornecimento do fármaco, além de sobrepor o interesse particular aos da coletividade, também teria "efeito multiplicador", por servir de precedente a outras decisões judiciais no mesmo sentido, o que inviabilizaria a organização do SUS.

No STJ, para o Ministro Peçanha Martins, Vice-Presidente no exercício da Presidência, a causa tinha fundamento constitucional (arts. 196, 198, 165, III e 167, II da CF) e remeteu os autos ao STF (STA 175 CE).

O Presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, solicitou parecer da Procuradoria-Geral da República, que manifestou pelo indeferimento do pedido de suspensão. O processo, porém, só teve novo andamento em junho de 2009, após a realização da Audiência Pública da Saúde[389], quando o Gilmar Mendes pediu nova manifestação da PGR, que reiterou os termos do parecer anterior.

Em 2009, quase dois anos depois, o pedido da União foi julgado improcedente pelo relator, que manteve a ordem de fornecimento.

Na decisão, Gilmar Mendes enfatizou a importância do debate sobre a judicialização da saúde, com a consequente reflexão de critérios para concessão da tutela judicial.

O primeiro critério seria a existência ou inexistência de política pública "que abranja a prestação de saúde pleiteada". Caso ela exista, haveria direito subjetivo público à prestação de saúde. Nessa situação, a tutela judicial não causa ingerência nos outros poderes; apenas determina o cumprimento do que já foi planejado.

Caso a prestação pleiteada não esteja prevista em política do SUS, o segundo critério é a existência de motivação para a omissão. O julgador deve observar se há vedação legal ao serviço, como é o caso do fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA[390].

O Ministro enfatizou que tal registro, como indicado nos depoimentos da audiência pública, é garantia da saúde pública e condição necessária à incorporação do tratamento pelo

---

[389] Mais detalhes sobre a audiência no tópico 3.3.1.

[390] Art. 12 da Lei 6360/1976: Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

SUS. Todavia, em casos excepcionais, a ANVISA poderia dispensar o registro de medicamentos importados por meio de organismos internacionais multilaterais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde[391].

Quanto a esse ponto, o Ministro afirmou que o medicamento *Zavesca* possuía registro na ANVISA, de acordo com *site* da Agência.

Gilmar Mendes chamou a atenção para os casos em que o SUS não custeava determinado tratamento em razão da falta de evidências científicas que autorizassem sua inclusão nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas[392]. Deveria haver cautela com tratamentos não incluídos nas políticas do SUS:

> [...] 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.

Entretanto, nesse ponto, a argumentação toma outro rumo.

A decisão afirma que as políticas de saúde necessitam de revisão periódica, tendo em vista o caráter dinâmico do conhecimento médico, cujo ritmo a burocracia administrativa não é capaz de acompanhar[393].

Por esse motivo, tais políticas poderiam ser questionadas no Judiciário, especialmente nos casos em que o tratamento oferecido pelo SUS não fosse eficaz para determinado paciente.

A partir dessas premissas, o Ministro entendeu que, no caso de Clarice Neves, as provas apresentadas eram suficientes para rever a política de saúde. O alto custo do medicamento não era, por si só, motivo para o seu não fornecimento, uma vez que o objetivo da política de dispensação de medicamentos excepcionais seria justamente permitir o acesso da população a tratamentos para doenças raras.

Quanto à ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e à ilegitimidade passiva da União, o Ministro considerou que essa matéria fugia do alcance da STF, devendo ser discutida em sede recursal.

---

[391] Exceção prevista no art.8º, § 5º da Lei 9782/1999, que criou a Anvisa.

[392] Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/840-sctie-raiz/daf-raiz/cgceaf-raiz/cgceaf/l3-cgceaf/11646-pcdt>

[393] Questão levantada na audiência pública.

Concluiu que no caso não se verificavam os pressupostos legais (ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou às economias públicas) para o deferimento da suspensão. Na verdade, haveria *periculum in mora* inverso, pois o não fornecimento do medicamento poderia causar danos irreversíveis à saúde e, consequentemente, à vida da paciente.

Em novembro de 2009, a União interpôs agravo regimental contra a decisão. Afirmou que sua postura no caso era a que melhor colaborava para concretizar o direito à saúde, pois a descentralização do SUS evitava a sobreposição de estruturas administrativas, garantindo a eficiência do sistema, em respeito ao artigo 37 da Constituição. Nesse sentido, lembrou que os repasses aos demais entes federativos e as dotações orçamentárias federais destinadas ao Ministério da Saúde, especialmente à política nacional de medicamentos, aumentavam a cada exercício. O MS seria o maior financiador do programa de assistência farmacêutica de dispensação excepcional[394], de alto custo e complexidade, destinado a doenças crônicas. Argumenta que, pela Lei 8.080/90, a execução de serviços de saúde pela União deveria ser excepcional.

Admitir a responsabilidade solidária dos entes da Federação pela prestação desses serviços equivaleria a declarar a inconstitucionalidade da mencionada lei. Além disso, argumentou que a solidariedade passiva, como categoria de responsabilidade civil[395], não se presume e não foi prevista expressamente pelo art. 196 da Constituição. O dispositivo fala em saúde como dever de todos os entes federativos, mas não indica que todos tenham as mesmas atribuições.

Em matéria processual, o agravo refutou o argumento que o pedido de suspensão seria inadmissível função de recurso. A questão da repartição de competências não seria apenas matéria recursal, mas de preservação da ordem jurídico-administrativa.

Quanto à questão da *escassez e alocação de recursos*, a União afirmou que fora compelida a gastar, de janeiro a junho de 2008, 48 milhões de reais com ações judiciais para fornecimento de medicamentos. Informou que esse tipo de despesa aumentou em 1.920% em três anos, considerando que haviam sido gastos 2,5 milhões de reais em 2005.

Apontou também que o Plenário do STF, até o momento, não havia decidido questão semelhante, uma vez que todos os pedidos de suspensão anteriores haviam sido examinados apenas pela Presidência[396]. Por esse motivo, pediu "extrema cautela" no

---

[394] Portaria GM 2577/2006. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/saude/portarias/portaria_2577.2006>

[395] Art. 265 do Código Civil: A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

[396] A maioria negados.

julgamento do recurso, em razão da criação de precedente para outras decisões da Corte sobre o tema:

> Observa-se que muitos magistrados vêm fazendo uma análise voltada para o *dramático caso concreto*[397], optando pelo reconhecimento do direito individual à vida e distanciando-se das necessidades e dos anseios da coletividade, até mesmo em razão do apelo emocional intrínseco aos pedidos judiciais que têm por objeto o direito à saúde.

Sustentou, por fim, que a decisão violava a separação de poderes, pois o Judiciário não teria competência para fixar políticas públicas de maneira ampla. Seu dever seria respeitar *as escolhas alocativas* da administração pública, que não implicavam inércia por parte do Executivo. O registro do medicamento pleiteado na ANVISA e a comprovação da doença não seriam condições suficientes para evitar lesão aos interesses defendidos pela União.

Em março de 2010, o Plenário do STF examinou o recurso e decidiu manter, por unanimidade, a decisão monocrática. Daqueles presentes no julgamento, apresentaram votos escritos mais extensos o Min. Relator Gilmar Mendes e o Min. Celso de Mello. Os Ministros Eros Grau, Ayres Britto, Marco Aurélio e Ellen Gracie também juntaram votos escritos, mas breves, reforçando os argumentos dos outros.

Gilmar Mendes reproduziu muitos dos argumentos que haviam negado a suspensão, com adições para reforçar sua decisão. Considerou a necessidade de compatibilizar o *mínimo existencial*, inserido no âmbito de proteção do direito à saúde, com a *escassez de recursos* e a necessidade de *escolhas alocativas*.

Ponderou tanto a favor quanto contra a judicialização dos direitos sociais; avaliando, por um lado, que o Judiciário poderia não ser capaz de enxergar as consequências da decisão sobre a distribuição global de recursos; por outro lado, que os direitos sociais não poderiam deixar de ter apreciação judicial, pois eram "*indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana*" e também deveriam ter seu "*mínimo existencial garantido*":

> [...] os 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.

Quanto ao direito à saúde em si, observou que em sua dimensão individual não era apenas norma programática, mas direito público subjetivo que criava uma relação obrigacional entre Estado e indivíduo, o que legitimava a ação do Judiciário nos casos em

---

[397] Conceito de *justiça de misericórdia* que Marco Sabino explora em *Saúde e Judiciário*..., 2016.

que a administração pública não cumprisse o dever de prestação de serviços de saúde, citando o Min. Celso de Mello no AgR no RE 271286.

Como direito fundamental, o direito à saúde teria aplicação imediata, pelo art. 5º, § 1º da CF, porém, uma vez que o direito à saúde é "assegurado mediante políticas sociais e econômicas", o Ministro considerou que não havia direito a todo e qualquer procedimento, independentemente da existência de política pública, mas "um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde".

Como consequência, a atuação judicial na proteção do direito à saúde seria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS, verificado caso a caso.

Nesse ponto, fez referência à ADPF 45[398], reiterando que a revisão judicial de políticas de saúde não viola o princípio da separação de poderes. A proteção dos direitos sociais, inclusive a definição do que compõe o chamado mínimo existencial, é considerada um elemento da função política do STF.

Quanto aos outros aspectos, votou que os entes federativos eram responsáveis solidários pela saúde, a partir da competência comum prevista no artigo 23, II, da Constituição[399], o que conferiria sua legitimidade passiva. A descentralização dos serviços e o princípio do acesso universal e igualitário apenas reforçavam a obrigação solidária e subsidiária[400].

O voto também não considerou haver risco de efeito multiplicador da decisão impugnada, "pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida".

Entendeu, por fim, que o alto custo do medicamento, que tinha registro na ANVISA, não era suficiente para impedir seu fornecimento. O perigo constatado no caso era, em verdade, de dano inverso.

Em seguida, votou o Ministro Celso de Mello, que relembrou o julgamento da ADPF 45, no qual defendera que o STF, considerando a dimensão política da jurisdição constitucional, deveria se comprometer com a efetividade dos direitos sociais. A não concretização do direito à saúde configuraria inconstitucionalidade por omissão, sendo função da Corte Suprema evitar que fossem comprometidas "a integridade e a eficácia da

---

[398] E também a STA 91, da Min. Ellen Gracie. Destaca-se que a STA 91 decidiu em sentido contrário à decisão da STA 175, o que foi mencionado no pedido de suspensão da União.

[399] Art. 23, II: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

[400] RE 195192, RE-AgR 255627 e RE 280642 (todos julgados pela 2ª Turma).

própria Constituição". A inércia do Estado poderia ser considerada até mesmo causa geradora de processos informais de mudança da Constituição[401]. A missão institucional da Corte seria, nesse sentido, evitar o "fenômeno da erosão da consciência constitucional".

Reiterou a legitimidade do Judiciário para implementar políticas públicas nos casos em que a omissão da Administração comprometesse a eficácia dos direitos sociais. Entretanto, não diferenciou os casos em que o julgador apenas determina o cumprimento de política pública já formulada dos casos em que há efetiva revisão judicial dos termos da política existente. Limitou-se a afirmar que as políticas de saúde deveriam ser "idôneas" e que, no caso da paciente Clarice Neves, havia omissão administrativa que autorizava intervenção judicial

"Nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito", deveria prevalecer a "decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde". A margem de discricionariedade do administrador nessa matéria seria, portanto, reduzida, tendo em vista que o art. 197 caracteriza as ações e serviços de saúde como prestações de relevância pública[402].

Quanto à *reserva do possível* e à *escassez de recursos*, reiterou que o argumento dos custos do direito à saúde não pode ser invocado para inviabilizar a criação e preservação do mínimo existencial para cada pessoa. O interesse financeiro do Estado seria "secundário" e o dever de concretização do direito seria comum a todos os entes federativos.

Um argumento novo que o voto de Celso de Mello trouxe foi em relação ao *princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais*[403], isto é, a impossibilidade de que os níveis de concretização desses direitos, "uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos". A omissão administrativa em relação ao direito à saúde, na prática, implicaria anulação do núcleo essencial já conquistado desse direito, a

---

[401] Sobre o tema, v. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

[402] Art. 197 da CF: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

[403] Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* – RBEC. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; e MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 379-424; MIOZZO, Pablo Castro. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Previsão Constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. *Revista Destaque Jurídico*. São Paulo: Conceito editorial. v. 9, n. 1, p. 55-79, 2010; e NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

menos que políticas compensatórias fossem adotadas, o que não ocorrera no caso examinado.

Embora a conclusão dos Ministros tenha sido a mesma no acórdão, mantendo a liminar, a fundamentação dos votos dos Min. Gilmar Mendes e Celso de Mello é distinta, expondo a controvérsia da matéria dentro da Suprema Corte.

Gilmar Mendes constrói seu argumento considerando a escassez de recursos e um juízo de ponderação, além de trazer parâmetros para a intervenção judicial no direito à saúde, com fundamento no art. 196 da CF e nos elementos trazidos na Audiência Pública. Conclui que naquela situação concreta já havia política pública definir a qual a Administração não poderia se esquivar:

> Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, em escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como um número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados.

Celso de Mello, por outro lado, invoca a fundamentalidade[404] e a essencialidade do direito à saúde e à vida para concluir que sempre haverá escolhas trágicas a serem feitas, todavia, esses direitos devem sempre prevalecer, do contrário seria negada efetividade ao comando constitucional:

> Salientei, então, que, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput", e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, impõe-se ao julgador, uma vez configurado esse dilema, uma só e possível opção: precisamente aquela

[404] Como se viu no acordão do AgR no RE 410715 SP.

> que privilegia, por razões de natureza ético-jurídica, o respeito indeclinável à saúde humana.

Pelo exposto, é possível concluir que o resultado do AgR na STA 175 privilegiou a concepção do direito à saúde como direito subjetivo, mas merece atenção a maneira como o Tribunal construiu a decisão. Ao invés de afirmar que a condenação da União em fornecer o medicamento pleiteado não teria consequências negativas sobre a organização do sistema de saúde, a decisão reconheceu que medidas judiciais podem ter efeitos indesejados sobre a ordem administrativa, prejudicando os usuários mais necessitados do SUS. Embora tenha utilizado o conceito de direito subjetivo público para justificar sua decisão, favorável à paciente, o modo de decidir do STF pode ser considerado menos "adjudicatório" e mais "formulador" de políticas públicas.

Para o acórdão, não basta que a parte alegue ter direito ao fornecimento de medicamentos para ver condenado o Poder Público a sua prestação. O magistrado deve verificar se a política de saúde engloba a prestação pleiteada. Em caso negativo, decidir se a omissão é resultado de equívoco (ou não) da Administração Pública. Essa omissão não estaria apenas na falha em entregar o que fora prometido, mas também na eventual insuficiência do que foi planejado. Ao se referir à proibição da proteção insuficiente como princípio norteador da decisão judicial[405], Gilmar Mendes propôs que o juiz tomasse parte na definição da medida ideal de realização do direito à saúde.

No caso, pode-se entender que o Judiciário enviou uma mensagem diferente à Administração em relação à ADPF 45. Houve a definição de critérios, além da existência do direito, para a condenação do Poder Público à prestação de saúde, com especial referência aos depoimentos colhidos na audiência pública[406].

De toda forma, o STF decidiu a favor dos particulares, com base no direito público subjetivo, sob o argumento de evitar a "erosão da consciência constitucional", causada pela negação de direitos.

---

[405] Gilmar Mendes, em seu voto, fl. 78: "Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm CANARIS, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161)".

[406] Cf. PRETZEL, Bruna Romano. *O interesse público no Supremo Tribunal Federal*: legitimidade e governabilidade na suspensão de decisões judiciais. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Dito isso, acredita-se que esse acórdão evoluiu o trazido pela ADPF 45. Para a decisão, é importante que "os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determina a elaboração de políticas públicas".

Quanto à reserva do possível, foi decidido que o alto custo de um tratamento não é suficiente para impedir seu fornecimento pelo Poder Público. Implicitamente, o acórdão resolveu pela razoabilidade do pedido da paciente e pela irrazoabilidade da conduta da União.

O acesso ao medicamento à paciente, sob risco de vida, pode se encaixar no conceito de mínimo existencial, nos termos do art. 28 do PL 8058/14.

Já se viu também que o PL obriga a troca de informações entre a Administração e o Judiciário sobre as políticas públicas em andamento. Esse pedido de suspensão levou à realização da Audiência Pública da Saúde, o que também pode ser considerado uma evolução positiva na dinâmica de julgamento do STF.

3.2.1.3 Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 47 PE (2010)

Partes envolvidas:	MP-CE x Município de Petrolina, Estado do Ceará e União
Data de julgamento:	17.03.2010
Relatoria do acórdão:	Gilmar Mendes
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

A análise do AgR na SL 47 reporta-se ao caso anterior, vez que a STA 175 foi definido como caso paradigma pelo STF no julgamento em bloco das suspensões de decisões relativas ao direito à saúde em 2010.

Nesse caso, no entanto, convém ressaltar que os fatos são distintos. O Estado de Pernambuco requereu a suspensão da execução da liminar deferida em ação civil pública[407]

[407] Perante a 8ª Vara Federal de Petrolina/PE (ACP n. 2004.83.08.00505-0), cuja suspensão também foi negada pelo TRF da 5ª Região.

proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual contra o Município de Petrolina, o Estado de Pernambuco e a União.

A liminar foi deferida em desfavor do Município para que este adotasse providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan[408], que se encontrava em estado precário. Em relação ao Estado e à União a liminar determinou que adotassem todos os meios necessários para auxiliar o Município.

Trata-se ação coletiva pura, para tutelar direitos coletivos.

O Estado de Pernambuco alegou que o cumprimento das medidas determinadas pela liminar provocaria grave lesão à sua estrutura administrativa e orçamento, que a execução seria de competência exclusiva do Município de Petrolina; e que se trataria de ingerência do Judiciário no Executivo.

O Min. Nelson Jobim, presidente do STF à época, em 2005, indeferiu a suspensão sob o argumento que a responsabilidade dos entes que não o Município era apenas subsidiária, e, especialmente, tal como na STA 175, o perigo de dano era inverso. Ou seja, razão havia na liminar concedida.

O Estado interpôs agravo regimental contra a decisão, que foi improvido nos termos da fundamentação do julgado anterior.

3.2.1.4 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP (2011)

Partes envolvidas:	Município de São Paulo x MP-SP
Data de julgamento:	23.11.11
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação pseudocoletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade, 2ª Turma
Política pública em questão:	Educação infantil
Citação de norma:	Sim
Citação de doutrina	Sim
Citação de precedente	Sim
Citação do mínimo existencial:	Sim
Citação da reserva do possível:	Sim
Citação da razoabilidade:	Sim

Um ano após o julgamento dos casos anteriores (STA 175 e SL 47), e seis anos após o julgamento do AgR no RE 41075, o Min. Celso de Mello torna-se mais uma vez relator de recurso extraordinário envolvendo o direito à educação.

[408] V. *site* do hospital em: <http://www1.hdm.imip.org.br/cms/opencms/hdm/pt/conheca/>.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo objetivando obrigar o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência. A sentença foi de procedência, e contra ela, o Município interpôs apelação, improvida[409]. Contra o acordão do TJ-SP, o Município de São Paulo interpôs recurso extraordinário, que foi negado monocraticamente pelo Min. Celso de Mello, com base na "jurisprudência reiterada da Corte".

Para a decisão, a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível às crianças de até cinco anos de idade. Para fins de seu desenvolvimento integral e como primeira etapa do processo de educação básica, é assegurado o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, CF[410]). Impõe-se então ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso, sob pena de configurar "inaceitável omissão governamental". A educação infantil, por se qualificar 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 pragmatismo governamental.

Segundo o voto relator, os Municípios, que atuam prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, CF) não podem se demitir do comando constitucional, que é juridicamente vinculante. Ele representa o fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções não poderiam ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de conveniência ou oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

A prerrogativa de formular e executar políticas públicas reside primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, mas cabe ao Judiciário, em bases excepcionais, especialmente nas políticas constitucionais, determinar sua implementação nas hipóteses que os órgãos estatais descumpram a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais.

---

[409] APELAÇÃO – Reexame Necessário – Ação Civil Pública – Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência – Cabimento – Direito Fundamental, líquido e certo – Aplicação dos artigos 208 da Constituição da República e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da Separação e Independência dos Poderes da República – Necessidade de harmonia como o princípio da legalidade e da inafastabilidade do controle judicial (arts. 5º, XXXV, e 37 da Constituição Federal) – Princípio da Isonomia que impõe o respeito ao direito de todas as crianças – Normas constitucionais de eficácia plena – Direito universal a ser assegurado a qualquer criança que dele necessite – Obrigação do Município reconhecida no artigo 211 da Constituição Federal – Prova suficiente a autorizar o acolhimento do pedido – Multa cabível e proporcional – Não provimento do recurso e do reexame necessário

[410] Art. 208, CF: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 anos de idade.

O Min. Celso de Mello traz, novamente, sua preocupação com o fenômeno da erosão da consciência constitucional[411]. Entende que a inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz "inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado":

> [...] nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A decisão então entra na controvérsia pertinente à reserva do possível e à intangibilidade do mínimo existencial, também denominada "a questão das escolhas trágicas". Celso de Mello avalia que destinação de recursos públicos, "sempre tão dramaticamente escassos", faz instaurar situações de conflito, o que resulta em contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de optar por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes. Em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, cabe à Administração Pública proceder a verdadeiras "escolhas trágicas".

Ocorre que a decisão governamental precisa ter como parâmetro a dignidade da pessoa humana e a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas da Constituição.

A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público com o propósito de fraudar, de frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Ela encontra "insuperável limitação" na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial, que resulta por implicitude de determinados preceitos constitucionais (art. 1º, III[412], e art. 3º, III[413]), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna. Tem como objetivo assegurar ao cidadão o acesso efetivo ao direito geral de liberdade, além das

---

[411] Cita como precedente a ADI 1.484/DF, de sua própria relatoria (DJE 28.08.2001).

[412] Art. 1º, III, CF: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

[413] Art. 3º, III, CF: Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos[414].

A decisão cita o art. 25º da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana[415], de 1948, como fundamento histórico do conceito[416], e conclui que não haverá necessidade de observar a reserva do possível quando se tratar do mínimo existencial violado, como foi o caso.

Outro argumento de Celso de Mello, que também foi enfatizado no caso anterior, é o da proibição do retrocesso social como obstáculo constitucional ao inadimplemento dos direitos prestacionais pelo Estado. Esse princípio impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão. O Estado, após ter reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de efetivá-los, mas também se obriga, sob pena de transgressão constitucional, a preservá-los e abster-se de frustrar os direitos já concretizados.

Por fim, uma questão processual pertinente, o acolhimento da legitimidade jurídica da imposição de *astreintes* ao Poder Público. Para a decisão, inexiste obstáculo da multa cominatória prevista (à época) no § 5º do art. 461 do CPC. A função coercitiva da *astreinte* teria por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor a cumprir a sentença, mesmo se tratando da Administração Pública.

Contra a decisão monocrática do Ministro Relator foi interposto agravo regimental, indeferido por unanimidade pela 2ª Turma do STF, acompanhando o voto de Celso de Mello com fundamentação idêntica, baseando-se na "jurisprudência consolidada" da Corte[417]. Hoje, repete-se, seria vedada essa possibilidade pelo art. 1.021, § 3º, do CPC/15.

O acórdão seguiu o trazido pela ADPF 45 na aplicação da tensão do mínimo existencial e da reserva do possível, até porque oriundo do mesmo relator. Novamente, o direito postulado (acesso à educação infantil) faz parte da noção mínimo existencial, já que a tutela foi concedida, mas a extensão do mínimo existencial e do direito à educação não

---

[414] 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.

[415] Artigo 25° 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.

[416] V. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana*. Osasco: Edifieo, 2008.

[417] Cita o AI 455.802/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; AI 475.571/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 401.673/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 410.715-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 411.518-AgR/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 595.595-AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau; RE 436.996/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

foram explicitamente considerados. Da mesma maneira, não se analisou a disponibilidade concreta de recursos, bem como as políticas públicas já adotadas.

3.2.1.5 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581.352 AM (2013)

Partes envolvidas:	Estado do Amazonas x MP-AM
Data de julgamento:	29.10.13
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde / proteção à parturiente e à criança / assistência materno- infantil
Citação de norma	Sim
Citação de doutrina	Sim
Citação de precedente	Sim
Citação do mínimo existencial:	Sim
Citação de reserva do possível:	Sim
Citação de razoabilidade:	Não

Em razão do *déficit* de leitos de internação para parturientes e o estado precário de atendimento na Maternidade Ana Braga, em Manaus/AM, o Ministério Público do Amazonas ingressou com ação civil pública em face do Estado do Amazonas. Para regularizar as internações, requereu que o Estado disponibilizasse 24 leitos maternos na rede privada fim de atender as usuárias do SUS, e, ao final, que concluísse as obras de ampliação do número de leitos.

A ação foi julgada procedente em primeira instância, mas o acórdão do TJ-AM reformou a sentença sob o argumento da ilegitimidade do Ministério Público e da ingerência judicial nas políticas do Executivo[418]. O MP-AM, então, interpôs recurso extraordinário, com fundamento na violação dos arts. 129, inciso II, 196, 197 e 227, da Constituição. A PGR

[418] Ementa: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÕES DE FAZER. AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS. 1. A ação civil pública que tem por escopo impor obrigações de fazer consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais deve ser proposta perante o Juizado da Infância e da Adolescência do local onde ocorreu a omissão a ser corrigida, porquanto, em última análise, visa a proteger o direito fundamental à vida e à saúde de crianças e adolescentes (Lei 8.069/90, arts. 7º, 148, IV, 208, parágrafo único e 209). 2. Não cabe ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário impor as necessidades sociais que o Poder Executivo deve prioritariamente atender. Pensar diversamente implicaria violar o princípio da separação das funções estatais (Constituição Federal, art. 5º, LV) e a iniciativa do Poder Executivo quanto aos projetos de lei que disponham sobre a fixação de despesas públicas (Constituição Federal, arts. 165 e 167).

manifestou-se favoravelmente ao recurso. O Min. Relator, Celso de Mello, proveu o recurso em decisão monocrática para restabelecer a sentença em todos os seus termos.

A decisão é muito semelhante em fundamentação as anteriores de Celso de Mello. Ela assinala que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse as ações sanitárias como prestações de relevância pública, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público nas hipóteses em que o Estado deixasse de respeitar o mandamento constitucional, seja por "intolerável" omissão, ou qualquer outro comportamento desviante[419].

Para o Ministro, as funções institucionais do Ministério Público fazem-no alcançar a posição eminente de verdadeiro "defensor do povo"[420], incumbido de impor aos poderes públicos o efetivo respeito aos direitos constitucionais, por meio, inclusive, das ações coletivas, como a ação civil pública.

Da mesma forma, revela-se possível ao Judiciário, sem incorrer em ofensa à separação de poderes, determinar a adoção de medidas destinadas a assegurar o acesso aos direitos afetados pela inexecução governamental de deveres jurídico-constitucionais. A decisão utiliza como paradigma a ADPF 45 e reitera o encargo judicial de tornar efetivos os direitos sociais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão. Repete que não se inclui ordinariamente no âmbito das funções do Judiciário, inclusive do STF, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois essa responsabilidade reside primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo[421]. Todavia, a intervenção judicial é devida para atribuir efetividade aos direitos fundamentais de índole social, qualificando-se como limitação à discricionariedade administrativa.

A decisão do Min. Celso de Mello, da forma já mencionada, toca na questão da reserva do possível[422], reconhecendo que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de se caracterizar pelo caráter gradual de seu processo de concretização, depende do vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira do ente

---

[419] Cita como precedentes: AI 655.392/RS, Rel. Min. Eros Grau; AI 662.339/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 462.416/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 674.764-AgR/PI, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 734.487-AgR/PR, Rel. Min. Ellen Gracie.

[420] V. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva: São Paulo, 1996.

[421] V. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Almedina, Coimbra, 1987, p. 207.

[422] Cita SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. W. W. Norton & Company: New York, 1999; e GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

estatal não se pode deste razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando da Constituição, considerando a limitação material, mas não pode o Poder Público criar obstáculo artificial, a partir da manipulação de sua atividade financeira, inviabilizar a preservação de condições materiais mínimas de existência. A reserva do possível, portanto, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Diante do dever constitucional de promoção da saúde, a decisão entende que o pleito do MP-AM deve ser acolhido. Cita como paradigma a Pet 1.246/SC:

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse *financeiro* e *secundário* do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Mais uma vez, aduz que o caráter programático art. 196 da CF não pode convertê-la em:

> [...] promessa constitucional inconsequente, 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.

O comportamento negativo do Poder Público infringiria a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando o "fenômeno da erosão da consciência constitucional". A decisão também se volta ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelos cidadãos.

Argumentou a PGR, e o Min. Celso de Mello acatou:

> Nesse contexto, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário, através da regular prestação jurisdicional, condenar o Estado a uma obrigação de fazer, em ação civil pública, na tutela de interesses difusos, coletivos e individuais – indisponíveis ou homogêneos – bem como das respectivas e necessárias políticas públicas, cuja razão de existir é a sociedade. Admitir tese diversa, imunizando a atuação do Estado, em razão da estratégia política assumida, a qualquer controle judicial ou à efetividade que lhe é inerente, redundaria em liberdade irrestrita ao administrador, com a minimização ou mesmo supressão de normas constitucionais e dispositivos legais, relegando seu cumprimento a plano secundário, a depender da discricionariedade administrativa e das prioridades estabelecidas pelo poder público. Esta, por certo, não é a finalidade da Carta Política, que, estruturando o poder e definindo as fronteiras de seu exercício, não deve,

> simplesmente e sem maiores consequências, sucumbir às opções governamentais, estas sim obrigatoriamente limitadas aos parâmetros constitucionais vigentes.

Para a decisão, restou comprovada a omissão estatal abusiva, que redundou na negativa de garantia inerente ao núcleo da dignidade da pessoa humana, isto é, o mínimo existencial. Eventual reserva do possível cedeu a essencialidade da prestação social.

Outro aspecto relevante é a confirmação da aplicação de multa contra o Estado. O MP-AM postulou a imposição de multa cominatória ao Estado do Amazonas, no valor de R$ 20.000,00 por dia de atraso na adoção das medidas de ampliação e de melhoria no atendimento às gestantes e aos recém-nascidos das maternidades estaduais. Para Celso de Mello, a multa encontra pleno suporte no ordenamento.

Provido o recurso, o Estado do Amazonas, então, interpôs agravo regimental contra a decisão monocrática, improvido por unanimidade pela 2ª Turma nos termos do voto do relator, de conteúdo idêntico à decisão impugnada, com o mesmo *modus operandi* já mencionado, hoje vedado pelo art. 1.021, § 3º, do CPC/15.

Conclui-se que o acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45, pois reconheceu a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O acórdão também considerou como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Por outro lado, não se pode dizer que houve um diálogo amplo com os argumentos da Administração, bem como a apreciação fundamentada do caso concreto.

3.2.1.6 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 763.667 CE (2013)

Partes envolvidas:	Estado do Ceará x MP-CE
Data de julgamento:	22.10.13
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Direito à assistência jurídica aos necessitados
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Em razão da inexistência de Defensoria Pública no município de Groaíras no Ceará, o Ministério Público Estadual ingressou com ação civil pública contra o Estado do Ceará, fundamentada na violação ao acesso à justiça por parte dos cidadãos que não dispõem de recursos financeiros, contrariando o disposto no artigo 5°, inciso LXXIV da Constituição Federal.

A sentença foi procedente, determinando que o Estado do Ceará designasse imediatamente um defensor público para prestar serviços naquele município, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00. O Estado do Ceará interpôs apelação, sustentando que o Judiciário não poderia determinar a nomeação de defensor público, tratando-se de ingerência nas responsabilidades do Poder Executivo.

O TJ-CE deu provimento à apelação, reformando a sentença em todos os seus termos[423]. O MP-CE então interpôs recurso extraordinário, com fundamento na violação do art. 5°, XXXV[424] e LXXIV[425], da CF.

Em decisão monocrática, o Min. Celso de Mello deu provimento ao recurso, para restabelecer a sentença, totalmente.

O ministro destaca a importância da Defensoria nos planos normativo, político e social; instituição "elevada à dignidade constitucional de instituição permanente, essencial à

---

[423] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SENTENÇA QUE DETERMINA AO ENTE PÚBLICO A NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA A COMARCA DE GROAÍRAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. I. O cerne da questão de mérito diz respeito a análise da possibilidade de designação de Defensor Público para exercer suas atividades no município de Groaíras-CE, a fim de se suprimir a carência do aludido órgão naquela localidade. II. Verifica-se que o provimento jurisdicional impugnado constitui nítida interferência do Judiciário em atribuição típica do Executivo, posto que embaraça o exercício próprio das funções da administração, uma vez que o preenchimento de cargos de defensor exige desta a realização de concurso público e a progressiva criação e ocupação de vagas, de acordo com a verificação das zonas mais necessitadas. III. Ademais, o controle dos atos do poder público pelo Judiciário deve restringir-se a assegurar o cumprimento da lei e dos princípios constitucionais, inclusive os da razoabilidade e da proporcionalidade. Este controle, ressalte-se, deve respeitar o núcleo de atividades que são exclusivas dos outros poderes, não podendo ser abrangente a ponto de substituir o administrador ou o legislador na prática de atos que lhe são privativos. IV. Cabe ao Estado o exercício da jurisdição em regime de monopólio, porém, tal mister não pode ser entendido como uma autorização para o Judiciário avançar, sem limites, sobre as demais funções estatais típicas. Desse modo, não pode o Judiciário substituir a Administração Pública em suas atribuições ou legislar ordinariamente. Precedentes desta Corte. V. Assim, resta demonstrado que a decisão prolatada pelo Douto Julgador 'a quo' resulta em malferimento ao princípio da separação dos poderes. VI. Recurso conhecido e provido para reformar a sentença proferida pelo douto juízo 'a quo', no sentido de reconhecer a ofensa ao princípio da separação dos poderes, e julgar improcedente o pleito autoral, ante à impossibilidade de designação, por parte do ente público apelante, de defensor público para prestação de serviço no município de Groaíras. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA PROFERIDA PELO DOUTO JUÍZO 'A QUO', NO SENTIDO DE RECONHECER A OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, E JULGAR IMPROCEDENTE O PLEITO AUTORAL, ANTE À IMPOSSIBILIDADE DE DESIGNAÇÃO, POR PARTE DO ENTE PÚBLICO APELANTE, DE DEFENSOR PÚBLICO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NO MUNICÍPIO DE GROAÍRAS.

[424] A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[425] O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

função jurisdicional do Estado, e reconhecida como instrumento vital à orientação jurídica e à defesa das pessoas desassistidas e necessitadas".

A Defensoria Pública seria essencial como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades:

> Não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pela injusta omissão do Poder Público – que, sem razão, deixa de adimplir o dever de conferir expressão concreta à norma constitucional que assegura aos necessitados o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária –, culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável [...]
>
> Lamentavelmente, o povo brasileiro continua não tendo acesso pleno ao sistema de administração da Justiça, não obstante a experiência altamente positiva dos Juizados Especiais, cuja implantação efetivamente vem aproximando o cidadão comum do aparelho judiciário do Estado. É preciso, no entanto, dar passos mais positivos no sentido de atender à justa reivindicação da sociedade civil que exige, do Estado, nada mais senão o simples e puro cumprimento integral do dever que lhe impôs o art. 134 da Constituição da República.

Para a decisão, a questão da Defensoria não pode ser tratada de maneira inconsequente, porque, de sua adequada organização e efetiva institucionalização, depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas excluídas à margem das conquistas jurídicas e sociais:

> De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional, como aquele proporcionado pela Defensoria Pública, cuja função precípua, por efeito de sua própria vocação constitucional (CF, art. 134), consiste em dar efetividade e expressão concreta, inclusive mediante acesso do lesado à jurisdição do Estado, a esses mesmos direitos, quando titularizados por pessoas necessitadas, que são as reais destinatárias tanto da norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV, quanto do preceito consubstanciado no art. 134, ambos da Constituição da República.

Segundo Celso de Mello, toda pessoa tem *direito a ter direitos*, o que põe em evidência importância jurídico-institucional e político-social da Defensoria Pública[426].

A decisão retoma a possibilidade do Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar medidas destinadas a tornar efetiva a efetivação de políticas públicas, quando for configurada situação de "inescusável omissão estatal".

---

[426] Cita o RE 574.353/PR, do Min. Rel. Ayres Britto.

Entra no mérito da reserva do possível e cita a ADPF 45 no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada com a finalidade do Estado se exonerar de suas obrigações constitucionais.

Contra a decisão, foi interposto agravo regimental pelo Estado do Ceará, improvido por unanimidade e conduzido pelo voto do relator, em seus mesmos termos.

Conclui-se que o acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45, conforme os casos anteriores, pois reconheceu a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O acórdão também considerou como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Por outro lado, não se pode dizer que houve um diálogo amplo com os argumentos da Administração, bem como a apreciação fundamentada do caso concreto.

3.2.1.7 Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 PR (2014)

Partes envolvidas:	Estado do Paraná x MP-PR
Data de julgamento:	25.03.2014
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Parcial provimento, por unanimidade
Política pública em questão:	Direito à assistência jurídica aos necessitados
Citação de norma	Sim
Citação de precedente	Sim
Citação de doutrina	Sim
Citação de mínimo existencial:	Sim
Citação de reserva do possível:	Sim
Citação de razoabilidade:	Não

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra a omissão do Estado do Paraná em dar cumprimento ao determinado pelo inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal[427] e instalar a Defensoria Pública na Comarca de Apucarana.

Em primeira instância, o Estado foi condenado a implantar e estruturar a Defensoria Pública, no prazo de 6 meses, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 1.000,00 a ser destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. O Estado do Paraná recorreu ao Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso e reformou a decisão. O TJ-PR considerou que a

[427] Que prevê a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos financeiros.

instalação da Defensoria Pública depende de lei que a regulamente e que decisão judicial que imponha ao Estado tal medida implicaria afronta ao princípio da divisão e autonomia dos poderes[428]. O Ministério Público paranaense apresentou, então, um recurso extraordinário dirigido, com seguimento negado pelo TJ-PR. Em razão disso, o MP-PR interpôs o presente agravo de instrumento[429].

Em decisão monocrática, o ministro Celso de Mello deu provimento ao agravo de instrumento e ao recurso extraordinário, afastando o argumento de que haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes:

> [...] mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental, tal como tem advertido o Supremo Tribunal Federal.

Contra a decisão, foram opostos embargos de declaração recebidos como agravo regimental[430]. Pelo acórdão, no mesmo entendimento dos casos anteriores, é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar em sede jurisdicional medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas, "se e quando se registrar, como sucede no caso, situação configuradora de inescusável omissão estatal".

O acórdão ressaltou a Defensoria Pública como "instrumento de concretização dos direitos e das liberdades de que também são titulares as pessoas carentes e necessitadas", e acrescentou que:

> A questão da Defensoria Pública não pode (e não deve) ser tratada de maneira inconsequente, porque, de sua adequada organização e efetiva institucionalização, depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas – carentes e desassistidas –, que sofrem inaceitável processo de exclusão que as coloca, injustamente, à margem das grandes conquistas jurídicas e sociais.

Não é lícito ao Estado criar:

> [...] obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o

---

[428] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFENSORIA PÚBLICA. IMPLANTAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. O preceito constitucional que prevê a criação da Defensoria Pública, como meio de assegurar o amplo acesso à justiça, é norma de eficácia contida e depende de lei que o regulamente. Exigir que o Estado elabore uma lei e crie a defensoria na Comarca, através de decisão judicial afronta ao princípio da divisão e autonomia dos Poderes. RECURSO PROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO.

[429] Recurso atualmente substituído pelo "agravo nos próprios autos" (CPC, art. 1.042 e seguintes).

[430] Possibilidade prevista atualmente no CPC, art. 1.024, § 3º.

> estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais.

A invocação pelo Estado da reserva do possível para justificar controle de gastos públicos não poderia ofender parâmetros de índole constitucional, como aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso".

Ao final, o recurso foi provido parcialmente apenas para determinar a condenação do Estado em estruturar apenas a Defensoria de Apucarana, conforme pleiteado na petição inicial, e não em todo Estado do Paraná.

Conclui-se que o acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45, até por se tratar do mesmo relator, pois reconheceu a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O acórdão também considerou como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Por outro lado, não se pode dizer que houve um diálogo amplo com os argumentos da Administração, bem como a apreciação fundamentada do caso concreto.

3.2.1.8 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727864 PR (2014)

Partes envolvidas:	Estado do Paraná x MP-PR
Data de julgamento:	04.11.2014
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente	Sim
Citação de doutrina	Sim
Citação do mínimo existencial:	Sim
Citação da reserva do possível:	Sim
Citação da razoabilidade:	Não

Nesse caso, trata-se de ação popular ajuizada pelo Ministério Público do Paraná requerendo o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas, em benefício de pacientes atendidos pelo SAMU[431], nos casos de urgência e de

[431] Serviço de Atendimento Móvel de Urgência do SUS (SAMU 192).

inexistência de leitos na rede pública. A tutela foi concedida em primeira instância. No TJ-PR,[432] foi negado provimento a apelação do Estado. Sobreveio o recurso extraordinário.

O Min. Celso de Mello negou seguimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência consolidada do STF. Veio o agravo regimental, improvido, nos termos do voto do relator, baseado no dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional.

Para o acórdão, quanto à questão da reserva do possível, deve-se reconhecer de sua inaplicabilidade sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. É papel do Poder Judiciário garantir a implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. Além disso, seria impossível invocar a fórmula da reserva do possível, na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, para legitimar o "injusto inadimplemento" de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado. O mínimo existencial seria a teoria da "restrição das restrições" (ou da "limitação das limitações").

O voto ainda ressalta o caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, art. 6º, 196 e 197). A atividade de fiscalização judicial justifica-se pela necessidade de observância dos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso).

Convém ressaltar que o acórdão reafirma ser a ação civil pública o instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade, com a consequente legitimação ativa do Ministério Público (CF, art. 129, III), com "defensor do povo" (CF, art. 129, II). Da mesma forma, a responsabilidade solidária e legitimidade passiva de todos os entes federados no contexto do SUS (CF, art. 23, II).

---

[432] "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – AFASTADA – GARANTIA DO DIREITO DOS USUÁRIOS DO SUS EM RECEBER ATENDIMENTO DIGNO E ADEQUADO DE SAÚDE – PACIENTES ATENDIDOS PELO SAMU – CUSTEIO DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRIVADOS AOS PACIENTES DO SUS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. 1. O pedido será juridicamente impossível quando o ordenamento jurídico o exclui de plano da possibilidade de ser apreciado pelo juiz, o que não ocorre na presente causa, na medida em que a pretensão do Apelado encontra-se embasada em diversos dispositivos constitucionais que lhe asseguram o direito fundamental à saúde e os meios para sua proteção. 2. A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor, que garante o direito à vida e à saúde a todos os brasileiros" (Apelação Cível nº 824.239-9, Rel. Juíza Subst. 2º Grau Astrid Maranhão De Carvalho Ruthes).

Conclui-se que o acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45, pois reconheceu a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O acórdão também considerou como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Por outro lado, não se pode dizer que houve um diálogo amplo com os argumentos da Administração, bem como a apreciação fundamentada do caso concreto.

3.2.1.9 **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 745.745 MG (2014)**

Partes envolvidas:	Munícipio de Belo Horizonte e MP-MG
Data de julgamento:	02.12.2014
Órgão colegiado:	2ª Turma
Relatoria do acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Coletiva
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde
Citação de norma	Sim
Citação de precedente	Sim
Citação de doutrina	Sim
Citação do mínimo existencial	Sim
Citação da reserva do possível:	Sim
Citação da razoabilidade	Sim

Nesse caso, o Ministério Público de Minas Gerais ajuizou ação civil pública contra o Município de Belo Horizonte, requerendo o restabelecimento dos convênios firmados com 33 clínicas de habilitação e reabilitação para crianças e adolescentes que foram descredenciadas. Sucessivamente, pediu a celebração de convênios com outras clínicas que pudessem atender a demanda de, pelo menos, 6.500 crianças e adolescentes que tiveram o tratamento interrompido. Sucessivamente ainda, o encaminhamento desses menores para tratamento oferecido pela rede privada, às custas do Município, até a completa estruturação da Rede de Assistência à Pessoa Portadora de Deficiência, nos moldes da Portaria nº 1.635/2002, do Ministério da Saúde.

As instâncias ordinárias concederam, parcialmente, o pedido, afirmando que o Estado tem o dever de zelar, com prioridade absoluta, pelo atendimento eficaz de crianças e adolescentes que apresentam as condições de saúde retratadas.

O recurso extraordinário contra o acordão do TJ-MG alegou ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes (arts. 1º, 2º e 18 da CF), pela indevida interferência

do Judiciário na gestão e organização da Administração. O recurso respalda a atuação do Município nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade e na cláusula da reserva do possível.

O Min. Celso de Mello negou seguimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência consolidada do STF. Veio o agravo regimental.

A 2ª Turma do STF, conduzida pelo voto do ministro relator, decidiu que a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente é dever estatal resultante de norma constitucional. O caso configurou típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município. Apesar dos fatos serem diversos, a fundamentação é idêntica ao caso anterior (AgR no RE 727864 PR).

Conclui-se que o acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45, pois reconheceu a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O acórdão também considerou como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Por outro lado, não se pode dizer que houve um diálogo amplo com os argumentos da Administração, bem como a apreciação fundamentada do caso concreto.

3.2.2 AÇÃO INDIVIDUAL

A ação individual selecionada no STF foi instrumentalizada por ação ordinária indenizatória, para tutelar direito estritamente individual. Não se encontrou nenhuma ação individual com pedido amplo o suficiente para ter efeitos coletivos.

3.2.2.1 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223 PE (2008)

Partes envolvidas:	Marco José Silva Pereira x Estado do Pernambuco
Data de julgamento:	14.04.2008
Relatoria para o acórdão:	Celso de Mello
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual
Resultado do julgamento:	Provido, por maioria de votos
Política pública em questão:	Saúde
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

O AgR na STA 223 PE foi julgado em 2008, portanto em momento anterior ao AgR na STA 175, que é de 2010, onde o Min. Gilmar Mendes designa a Audiência Pública da Saúde.

Nesse caso, o estudante universitário Marco José Silva Pereira foi vítima de assalto na cidade do Recife, em Pernambuco. A prática criminosa causou-lhe tetraplegia irreversível pelos disparos por arma de fogo em sua coluna vertebral, além de dependência absoluta de sistema de ventilação pulmonar artificial para sobreviver. Em razão disso, o paciente tinha a necessidade de implantação de marca-passo diafragmático intramuscular, o que não lhe foi conferido pelo SUS.

Diante da omissão administrativa, propôs ação de indenização por danos materiais e morais com pedido de antecipação de tutela na 3ª Vara da Fazenda Pública da de Recife/PE, objetivando a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que lhe devolveria a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico. A cirurgia, que teria o custo estimado em U$ 150.000,00, deveria ser realizada pelo médico americano Abbott J. Krieger[433], com urgência, sob pena de risco de morte do paciente.

No mérito, o paciente também pleiteava a condenação do Estado ao pagamento de indenização de danos emergentes, morais, estéticos e pensão vitalícia, em razão da responsabilidade civil do Estado de Pernambuco por falha no serviço de segurança pública, e especialmente por permitir que o autor do disparo, que aguardava julgamento por homicídio qualificado, permanecesse em liberdade.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido, tendo em vista "a necessidade de se analisar os limites de responsabilidade do Estado pela prestação de serviço de segurança pública a seu cargo; além do que, há vedação legal em se deferir antecipação de tutela que importe em pagamento puro e simples de alto valor monetário".

O autor interpôs agravo de instrumento perante o TJ-PE e obteve seu parcial provimento para que o Estado de Pernambuco pagasse todas as despesas necessárias à realização da cirurgia, na forma e com o profissional requerido. Em cumprimento à determinação do Tribunal, o magistrado *a quo* determinou a liberação da quantia depositada judicialmente em favor do médico (R$ 279.000,00).

---

[433] V. currículo do médico na página da Sociedade Americana de Neurocirurgiões. Disponível em: <https://www.societyns.org/society/bio.aspx?MemberID=7641>

Diante da decisão do TJ-PE, o Estado de Pernambuco propôs no STF pedido de suspensão de tutela antecipada.

Ao mesmo tempo, diante da troca de relatores no agravo de instrumento, o TJ-PE suspendeu, a título cautelar, a autorização de transferência integral do depósito efetuada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda.

De toda forma, a Presidência do STF, pela decisão da Min. Ellen Gracie, em 12.03.2008, suspendeu a execução da decisão. Entendeu que a determinação judicial para pagamento imediato de todas as despesas necessárias para a realização da cirurgia pleiteada, inclusive com o repasse direto do valor depositado pelo Estado à conta bancária no exterior do médico eleito pelos familiares do autor, contraria art. 100 da CF (regime de precatórios) e o art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97, (proibição da execução provisória de julgados contra o Poder Público).

Para decisão, o procedimento pleiteado encontrava-se em fase experimental e permitiria a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde, sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto.

O paciente interpôs agravo regimental. A Min. Ellen Gracie, votou pelo improvimento ao recurso, com fundamentos nos argumentos anteriormente expostos.

Todavia, a divergência foi instaurada pelo Min. Celso de Mello, que entendeu pelo provimento do recurso com a finalidade de manter a decisão que obrigava a prestação do tratamento.

Segundo o voto, o Estado de Pernambuco, assim como outras localidades brasileiras, tem pontos conhecidos pela prática criminosa. No caso, houve omissão por parte dos agentes públicos na adoção de medidas efetivas "que o bom senso impõe". Medidas que, muitas vezes, os responsáveis pela segurança pública nos estados desconhecem ou "fazem de conta que não sabem", analisou o voto:

> O que não tem sentido é que o estado permaneça simplesmente se omitindo no dever constitucional de prover segurança pública ao cidadão e, depois, demitindo-se das consequências que resultam do cumprimento desse mesmo dever.

Ressaltou ainda que o paciente Marcos tem o direito de viver de maneira autônoma.

Para o ministro, situações configuradoras de falta de serviço podem induzir a responsabilidade civil objetiva do Poder Público: é preciso considerar o dever de prestação

pelo Estado, a necessária existência de causa e efeito, a omissão administrativa e o dano sofrido pela vítima[434]:

> A mim me parece que todos os elementos que compõem a estrutura da responsabilidade civil objetiva do poder público estariam presentes nesse caso. A situação de dano gravíssimo, risco inaceitável à vida, ocorre em relação a esse paciente e muito menos em relação ao poder público.

O ministro entra na problemática da escassez de recursos e da reserva do possível. Para ele, ao reconhecer o "interesse secundário do Estado", em matéria de finanças públicas, e o direito fundamental da pessoa, que é o direito à vida, "não há opção possível para o Judiciário, nessa relação dilemática, senão destacar, senão dar primazia, senão fazer prevalecer o direito à vida".

Conclui ressaltando que deve ser reconhecido a todos o direito referente à busca da felicidade, resultado do princípio da dignidade da pessoa humana:

> Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso.

"Quem salva uma vida, salva toda a humanidade", finalizou o ministro.

Após o voto de Celso de Mello, a Min. Ellen Gracie confirma sua posição. Afirma que gostaria de acompanhar a divergência e originalmente ter indeferido a suspensão, como tantas outras, concordando que a saúde é um direito que se sobrepõe a todo e qualquer outro. Mas acredita também que a saúde de uns não pode se contrapor à saúde de todos:

> Os orçamentos de saúde pública são limitados, e já vemos que, por força de muitas decisões judiciais, há secretarias de saúde por todo o país que já não têm, ou, pelo menos, têm menos recursos para colocar em áreas, como, por exemplo, a vacinação geral da população, e isso acaba se transformando em epidemias que seriam, ou poderiam ter sido, controladas adequadamente. Não há dúvida alguma que o ideal seria poder proporcionar a cada um dos doentes todo tipo de tratamento existente. [...] [mas] dados constantes nos autos nos revelam que, talvez, nem seja útil,

---

[434] Segundo Celso de Mello, no caso estão presentes os requisitos da teoria do risco administrativo. Cita o caso do criminoso foragido que estuprou diversas meninas no Rio Grande do Sul (RE 409.203/RS). Menciona também a doutrina de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 650, 31. ed., 2005, Malheiros; Sergio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 248, 5. ed., 2003, Malheiros; José Cretella Junior (1920-2015), *Curso de Direito Administrativo*. p. 90, 17. ed., 2000, Forense; Yussef Said Cahali, R*esponsabilidade Civil do Estado*, p. 40, 2. ed., 1996, Malheiros; Toshio Mukai. *Direito Administrativo Sistematizado*. p. 528, 1999, Saraiva; Celso Ribeiro Bastos (1938-2003), *Curso de Direito Administrativo*. p. 213, 5. ed., 2001, Saraiva; Guilherme Couto De Castro. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. p. 61/62, 3. ed., 2000, Forense; Mônica Nicida Garcia. *Responsabilidade do Agente Público*. p. 199/200, 2004, Fórum; Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*. p. 430, item n. 17.3, 9. ed., 2005, RT.

> talvez nem seja viável realizar a intervenção neste paciente, por dolorosa que seja a situação.

O Min. Eros Grau acompanha a divergência e ressalta a importância do STF bem definir as exceções que lhe são colocadas, integrando o direito.

O Min. Gilmar Mendes acompanhou a divergência e pontou a dramaticidade do caso. A necessidade da antecipação de tutela; a questão ligada às normas de organização e procedimento do artigo 100, que acabam por ter de ser tratadas como excepcionais; o direito à vida, à saúde e à integridade física; a responsabilidade civil do Estado.

O Ministro observa desde essa época a desorganização no Sistema de Saúde que as liminares em pretensões individuais têm causado sobre o coletivo. “Por isso, nós todos temos alguma reserva mental em relação a essas decisões com características de antecipação de tutela de liminar em casos desta natureza”.

Só que, para Mendes, esse caso mereceu reflexão. Ponderou que a proteção judicial efetiva do artigo 5º, XXXV, envolve também a proteção cautelar da tutela antecipada, porque o que interessa é assegurar aquele bem da vida cuja proteção há de ser garantida. Em casos determinados, a vedação da tutela cautelar pode comprometer a própria proteção judicial efetiva. Relembra que o STF já declarou por vezes inconstitucional a proibição de cautelares nos casos em que se poderia ter um juízo de negativa da prestação jurisdicional, o que também flexibilizaria a questão dos precatórios.

O Ministro também critica a condução do caso e a deslealdade processual do Estado de Pernambuco: atitude procrastinatória contínua; retenção dos autos; medida de busca e apreensão; deposita o valor e despois busca o bloqueio da quantia.

O Min. Peluso acompanhou a divergência e ressaltou o risco que o STF assumiria de frustrar a prestação jurisdicional suspendendo a liminar, com o risco de morte do paciente.

O Min. Marco Aurélio também acompanhou a divergência, fez críticas à unilateralidade do pedido de suspensão, que só beneficia o ente público, e a dupla omissão constitucional do Estado de Pernambuco: na saúde e na segurança.

Ao final do julgamento, Celso de Mello concedeu entrevista a jornalistas e comentou a matéria discutida na sessão plenária: “o que não tem sentido é que haja uma proclamação constitucional meramente retórica; proclamações constitucionais não podem ser declarações inconsequentes do poder público”.

Conclui-se que o acórdão seguiu o enunciado pela ADPF 45, pois reconheceu a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder

comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O acórdão também considerou como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Nesse caso, ao contrário de outros aqui analisados, pode-se dizer que houve um diálogo amplo com os argumentos da Administração, bem como a apreciação fundamentada do caso concreto.

3.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

Dos acórdãos selecionados, a relatoria pertenceu apenas a 2 ministros: Celso de Mello e Gilmar Mendes. Apenas 3 tipos políticas públicas foram objeto dessas decisões: direito à saúde; direito à educação infantil e direito à assistência jurídica prestada pela Defensoria Pública.

Das 9 ações, 6 eram coletivas e tinham efeitos essencialmente coletivos (66,6%); enquanto 3 tinham pedidos essencialmente individuais (33,3%), isto é, ações pseudocoletivas.

O Ministro Celso de Mello deu ou negou provimento aos recursos extraordinários monocraticamente, sempre no sentido de garantir o direito social, com fundamento no mínimo existencial, fazendo a alegação da reserva do possível ceder. A razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da conduta da Administração não foram expressamente mencionadas, mas é possível subentendê-las. Contra as decisões monocráticas do ministro, os agravos regimentais eram improvidos, conduzidos pelo voto relator, sempre com os mesmos fundamentos. Nota-se que atualmente, pelo art. 1.021, § 3º, do CPC/15, é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. A exceção é o caso da STA 223 que restou vencida a relatora original Min. Ellen Gracie, então Celso de Mello foi o relator do acórdão.

De toda forma, não se visualiza nos julgados de Celso de Mello uma fundamentação exauriente, relacionada com as especificidades do caso concreto. Tanto que pelo art. 489, 1º, do CPC/15, não se considera fundamentada a decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; ou invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão.

É certo que o CPC/15 não se aplicaria a essas decisões. Também não se alega que os acórdãos sejam nulos, nos termos do art. 93, IX, da CF, mas uma fundamentação mais

elaborada traria maior segurança jurídica, aperfeiçoando o precedente. O exame do caso concreto, que é necessário para o uso das técnicas de *distinguishing* ou *overruling*, deveria ser mais expresso e sofisticado.

Já o Ministro Gilmar Mendes fez um grande esforço no avanço da discussão da judicialização da saúde pública, pois convocou audiência pública e criou a Recomendação 31 do CNJ no contexto do julgamento da STA 175 e da SL 47. A fundamentação desses casos realmente enfrenta o caso concreto e diversos conceitos jurídicos indeterminados.

No STF, acredita-se que as hipóteses iniciais foram confirmadas.

As decisões utilizam-se dos critérios de racionalização do controle judicial trazidos da ADPF 45, tanto que ela é reiteradamente citada, mas esses conceitos jurídicos indeterminados não são devidamente fundamentados, especialmente em conjunto com os fatos concretos da causa.

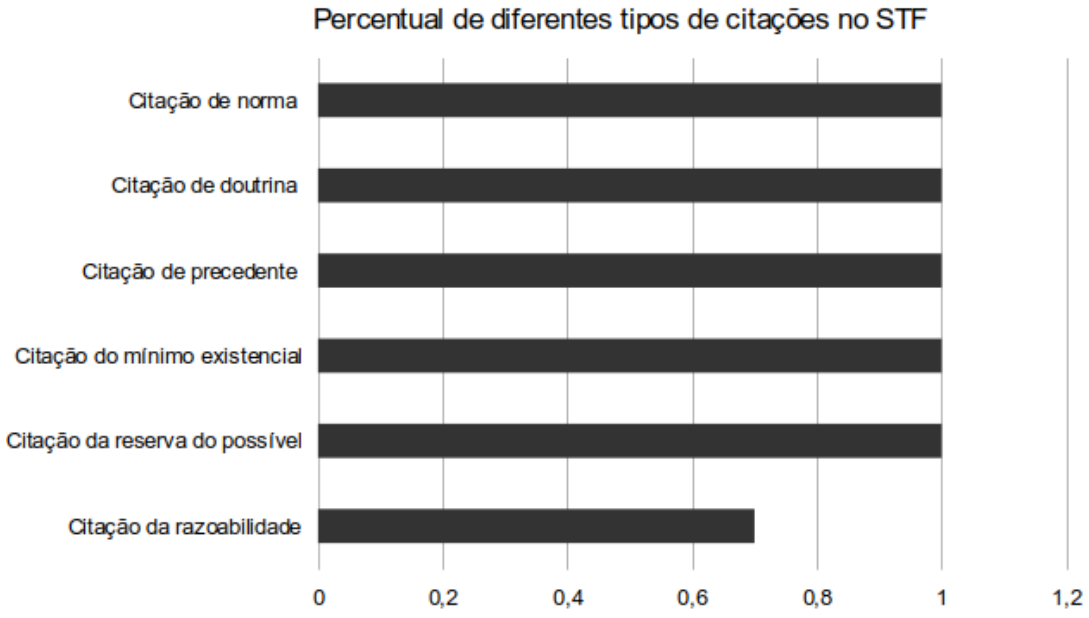
Em geral, as decisões entendem que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, pois acarretaria na violação da dignidade da pessoa humana e na ineficácia das normas constitucionais. As decisões entendem que se o mínimo existencial está sendo violado, a ação ou omissão da Administração é irrazoável, logo o pedido é razoável.

A jurisprudência é coesa para conferir o pedido ao autor da ação, especialmente em caso de violação do direito à saúde e à educação infantil. O Judiciário entende que está autorizado a intervir no caso de ações ou omissões inconstitucionais dos demais poderes para implementar ou corrigir políticas públicas. Certas alterações legislativas propostas pelo PL 8058/14 não são utilizadas nas decisões, pois, em geral, os fatos que envolvem a causa e a situação da política pública não são exaustivamente debatidos, e certas decisões concedem prestações em processos individuais que extrapolam o mínimo existencial, o que justificaria a aprovação do PL.

Segue gráfico contendo o número de citações de normas, doutrina, precedentes e dos conceitos estudados nas decisões do STF, em termos percentuais, o que pode indicar seu nível de esforço argumentativo na fundamentação[435]. O STF, como se vê, cita a norma, a

[435] Para criação dos gráficos, os dados foram extraídos manualmente dos julgados analisados e inseridos em uma tabela no software *LibreOffice Calc*. Os campos pertinentes foram contabilizados por meio da função "cont.se()" ou "countif()", realizando a contagem de células que satisfizessem o critério de existência do termo "sim" dentro do intervalo de células indicado. Os valores obtidos por meio deste procedimento foram, então, divididos pela quantidade total de processos analisados de cada um dos tribunais, de modo a resultar em números percentuais, que foram utilizados para gerar os gráficos. Esse método se aplica a todos os outros gráficos do texto, especificamente nas conclusões dos capítulos 4, 5 e 6, e nas conclusões finais.

doutrina, precedentes e os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível em todas as decisões. Apenas o conceito de razoabilidade não foi utilizado em todos os julgados.



Quanto à posição do STF especificamente sobre os temas debatidos, preferiu-se dividi-las por direito social.

3.3.1 SAÚDE

Destaca-se três momentos na jurisprudência do STF sobre a saúde. No primeiro, a Corte discutia se o Judiciário poderia sindicar políticas públicas e se os direitos sociais eram sindicáveis. No segundo, o STF passou a conceder medidas com base no "argumento linear", na expressão de Sabino. A primeira e a segunda fases não estariam cronologicamente em ordem; seriam mais posturas decisórias. Atualmente, o STF visualiza que as questões de políticas públicas são mais complexas e multifacetárias que a aplicação pura dos artigos 6º, 196 e 197 da Constituição[436].

A respeito da primeira fase, merece consideração o AgR no RE 271.286/RS[437], de 2000, que não apareceu na seleção dessa pesquisa e é anterior à ADPF 45. Nesse recurso, em que se discutia o fornecimento de medicamentos para tratamento da infecção pelo vírus

[436] V. SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 180-184
[437] Rel. Min. Celso de Mello, j. em 12.09.2000, DJ 24.11.2000.

HIV, a Corte entendeu que o direito à saúde encartado na Constituição é público e subjetivo e que o cunho programático do art. 196 da CF não poderia transformá-lo em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público fraudar as justas expectativas nele depositadas pela população, substituindo de "maneira irresponsável seu inderrogável dever em gesto de contrário ao que determina a norma constitucional".

Nesse caso, o STF anuiu que o art. 196 da CF, embora tendo conteúdo programático, configurava direito público subjetivo do jurisdicionado, com a consequência de ser imediatamente exigível, dotando-se o comando de plena efetividade.

Como paradigma de segunda fase do STF, é utilizado o RE 247.900/RS[438], de 1999, também não analisado. Nele foi negado provimento ao recurso que se insurgia contra decisão do TJ-RS que ordenou ao Poder Público a entrega de medicamentos para o tratamento da AIDS. O Estado alegou que não poderia atender individualmente os requerentes, quando existia toda uma coletividade privada do recebimento desses medicamentos. Pugnou também não haver prévia e imprescindível fonte de custeio para cumprir a decisão judicial.

De acordo com o voto relator, o art. 196 da CF é automática e imediatamente aplicável, logo o custeio de medidas com educação, saúde e segurança pública deveria sair das receitas obtidas com os impostos pagos pelos contribuintes. Não se haveria que falar em falta de fontes de custeio. Segundo Marco Aurélio, o objetivo maior do próprio Estado era o de assegurar o conforto de uma vida comunitária apta a garantir a dignidade do homem. Em outras palavras, o STF assegurou a providência de saúde com fundamento imediato na Constituição, não importando os obstáculos deduzidos pelo Estado na defesa de sua posição. A reserva do possível não pôde ser oposta ao mínimo existencial.

A terceira fase é representada pela SS 3.073/RN[439] de 2007, também não selecionado pela pesquisa. O incidente chegou às mãos da presidência da Corte em face de decisão liminar concedida pelo TJ-RN que determinou o fornecimento pelo Estado do medicamento *Rituximabe* para tratamento de câncer do autor. O STF entendeu que havia lesão à ordem pública na decisão recorrida, dado que ordens judiciais como aquela prejudicavam o já abalado sistema público de saúde. Entendeu ainda que a norma constitucional privilegiava o atendimento coletivo ao individual, e que as políticas públicas regionais de saúde visavam a fornecer o direito de forma racional.

Para o STF, atender ao pedido do autor seria desatender as necessidades de tantos outros que, como ele, não lançaram mão de medida judicial. No caso concreto, a Corte

---

[438] Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 20.09.1999, DJ 27.10.1999.
[439] Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 20.09.1999, DJ em 14.12.2007.

verificou que o medicamento não constava nas listas obrigatórias do SUS, e temia um efeito multiplicador.

A partir daí inúmeras decisões acabaram negando o requerimento de fornecimento de medicamentos, com base nos mesmos argumentos da paradigmática SS 3.073/RN.

Contudo, o entendimento da presidência recebeu críticas[440].

Em outra oportunidade, na analisada STA 223, de 2008, a Min. Ellen Gracie suspendeu a liminar, mas sua decisão foi revertida pelo Plenário por 5 votos a 1, o que deflagrou um novo movimento em relação a judicialização da saúde pelo STF.

Como já mencionado, sob a presidência do Min. Gilmar Mendes, em 2009, o STF convocou audiência pública em que se discutiria o controle judicial das políticas públicas de saúde[441]. Os dados colhidos auxiliaram o STF a estabelecer critérios para que os magistrados lidassem com os pedidos judiciais por saúde em decisão manifestada na STA 175.

A Presidência do STF considerou que a intervenção judicial em políticas de saúde não derivava, na maior parte dos casos, de omissão absoluta do Poder Público, mas sim de descumprimento das políticas já existentes. Entretanto, as decisões relativas à matéria eram muitas vezes contrastantes com as políticas previstas e executadas, e iam além das forças do orçamento. Por isso era necessário racionalizar o acesso judicial à saúde. Para Sabino, era admissão pelo STF que o argumento linear não era válido para sindicar racionalmente e judicialmente políticas de saúde[442].

Como também já aludido, para a decisão, se existente no SUS a política almejada pela parte, então haverá direito público subjetivo de obtenção. Se, no entanto, inexistente a política, seria necessário investigar se tal derivava de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa de não fornecimento, ou ainda, de vedação legal.

---

[440][...] É tempo de perceber-se noção comezinha: em Direito, especialmente o instrumental, o meio justifica o fim e não o inverso, sob pena de ter-se o descalabro, a babel. [...] Paga-se um preço por viver em um Estado de Direito – e é módico, estando ao alcance de todos -, o respeito irrestrito à Constituição Federal e às normas abstratas com ela compatíveis. Esse arcabouço a todos, indistintamente, submete. Descabe potencializar, em detrimento dela, o pragmatismo, mesmo porque não falta criatividade, não faltam bem-intencionados (MS 28627, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.03.2010).

[441] 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Despacho convocatório disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>

[442] SABINO. *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 183.

No último caso, seriam enquadrados os medicamentos e terapias experimentais, ainda não registrados na ANVISA, que não podem ser disponibilizados em mercado por força do art. 12 da Lei 6.360/76[443]. Esses são inaptos a ser sindicados por decisão judicial, salvo em casos excepcionais que permitissem a dispensa de registro, previstos na Lei 9.782/99[444].

Um segundo critério é a necessidade de investigação judicial dos motivos que levaram a Administração a não conceder a medida postulada, com consequente constatação – ou não – de sua idoneidade. Em suma, o tratamento dispensado pelo SUS sempre deverá ser privilegiado, porque fruto de análises prévias e gestão balizada pela natural escassez de recursos públicos, o que impediria que cada um buscasse a providência que melhor lhe aprouvesse.

Por fim, o Min. Gilmar Mendes defendeu que esses critérios fossem analisados caso a caso, a fim de se evitar a padronização das peças processuais, considerando o aspecto peculiar de cada postulante. Tais parâmetros foram posteriormente replicados em outros julgamentos, para deferir ou indeferir a concessão da tutela de saúde[445].

Em seguida, na qualidade de Presidente do CNJ, o Min. Gilmar Mendes formou um grupo de trabalho com a finalidade de sistematizar os debates, transformando-os em orientações aos magistrados. O CNJ então editou a Recomendação 31/10, com as diretrizes da decisão paradigma[446]. O ato não tem imperatividade, mas é relevante como guia de racionalização[447].

Outra abordagem sobre a judicialização da saúde também se mostra necessária. Quanto às decisões anteriores a 2004, que não fizeram parte dessa pesquisa[448], acredita que

---

[443] Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde. A Lei 6.360/76 dispõe sobre a vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros Produtos, e dá outras providências.

[444] Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

[445] Cf. mencionados por Sabino, em *Saúde e Judiciário*..., 2016: a) STA 244 PR, DJ 24.04.2009; b) SS 3989 PI, DJ 15.04.2010; c) STA 283 PR, DJ 15.04.2010; d) SS 3962 SE, DJ 15.04.2010, e) SS 4045 CE, DJ 15.04.2010; f) STA 334 SC, DJ 26.04.2010; g) STA 434 BA, DJ 26.04.2010; h) STA 421 PE, DJ 30.04.2010; i) SL 256 TO, DJ 30.04.2010; j) STA 424 SC, DJ 30.04.2010; k) STA 260 SC, DJ 30.04.2010.

[446] V. ZUFELATO, C.; VENTURA, Núbia Regina. A Recomendação 31 do CNJ e sua vinculação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: ASENSI, Felipe et al; (Org.). *Direito e saúde*: enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013, p. 271-281.

[447] SABINO, Saúde & Judiciário..., 2016, p. 184.

[448] Cf. MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 214-225

não apresentavam empenho em analisar o embate entre a escassez de recursos e a concretização dos direitos sociais prestacionais.

Na decisão monocrática no RE 267612[449], de 2000, o Min. Rel. Celso de Mello considerou que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, "razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana". Essa posição foi vista em diversos outros julgados aqui analisados.

Entende-se que a despeito da prevalência do direito à saúde na hipótese concreta, melhor seria que a fundamentação se baseasse na proporcionalidade e na razoabilidade. A expressão "impõe ao julgador uma só e possível opção" não se coaduna com a ideia de ponderação. Se o resultado é previamente admitido e sempre o mesmo (o respeito indeclinável à vida e à saúde), não é possível afirmar que a decisão considerou e, efetivamente, analisou todos os elementos envolvidos na hipótese concreta.

No entanto, em um comparativo entre a decisão da Medida Cautelar na Petição 1246[450], julgada em 1997, e a ADPF 45, de 2004, ambas pelo Min. Celso de Mello, percebe-se uma mudança de postura do STF em face da escassez de recursos. Afinal, há diferença entre afirmar que a questão financeira é "secundária" e que a "limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar".

A evolução iniciada com a ADPF 45 na jurisprudência do STF ainda deve produzir mais efeitos. Muitas decisões proferidas pela Corte ainda apresentam uma fundamentação genérica para afastar a aplicabilidade da reserva do possível.

Um exemplo citado é o RE 342413 SC[451], de 2004, acerca do fornecimento de medicamento pelo Estado do Paraná para o tratamento de tumor carcinoide de fígado. No voto da Min. Ellen Gracie constou o seguinte:

> Saliento, ainda, que obstáculos de ordem burocrática ou orçamentária, até porque os Estados regularmente possuem programas de distribuição de remédios, não podem ser entraves ao cumprimento de preceito constitucional que garante o direito à vida.

---

[449] DJ 23.08.2000. Min. Rel. Celso de Mello.

[450] DJ 13.02.1997. O Estado de Santa Catarina, em ação cautelar proposta por menor impúbere – acometido da rara patologia conhecida como Distrofia Muscular de Duchene – foi condenado a disponibilizar a quantia de R$ 85.000,00 ao autor para realização de tratamento experimental realizado exclusivamente nos Estados Unidos.

[451] DJ 09.11.2004. Min. Rel. Ellen Gracie.

A postura da ministra foi diferente na STA 223 PE, de 2008, como já se analisou.

Em sentido semelhante, no AI 537267 PE[452], de 2005, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em relação a fornecimento de medicamento a portadores de Hepatite C, ponderou que:

> [...] a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado à intervenção cirúrgica; "o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele.

Conclui-se que a escassez de recursos não era preocupação do STF frente à efetividade dos direitos sociais.

No mais, é preciso notar que as considerações teóricas apresentadas pela ADPF 45 não foram efetivamente confrontadas com hipóteses concretas. Mesmo em julgados posteriores que, diferentemente desse precedente, contavam com um caso concreto onde seria possível subsumir os fatos aos conceitos jurídicos.

A mudança de paradigma começou com o julgamento da analisada STA 175 CE. Como dito, o Min. Rel. Gilmar Mendes deixa claro que pretende avaliar as dimensões do embate entre a reserva do possível e a realização do direito à saúde:

> A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar "mínimo existencial" e da "reserva do possível" (*Vorbehalt des Moglichen*).

O Ministro adota uma teoria ampla do suporte fático dos direitos sociais prestacionais, destacando a importância da verificação de cada situação concreta para a determinação do conteúdo destes direitos. O relator chega, inclusive, a abordar a dificuldade do Judiciário em definir as consequências globais das decisões que tratam da aplicação de recursos públicos para efetivação dos direitos sociais de caráter prestacional:

> Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica

[452] DJ 26.04.2005.

> de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.
> Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem "escolhas trágicas" pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc.
> Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo [...].
> Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana.
> Assim, ao menos o "*mínimo existencial*" de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. 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 os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.
> Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e 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 de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

O Min. Gilmar Mendes afirma a necessidade de ponderação para solucionar o conflito entre a reserva do possível e a concretização de direitos sociais prestacionais. Em uma postura diferente da adotada na ADPF 45, o relator efetivamente analisa o caso concreto para decidir[453]:

[453] Cf. um dos casos julgados no bloco da STA 175: a SS 3751 SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 28.04.09.

> [...] 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. [...] Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde [...] fornecimento dos medicamentos REVIA, ALPRAZOLAM, ROHYDORM, DORMONID, DEPAKOTE, LACTULONA e MOTILIUM, do suplemento nutricional ENTERAL, das insulinas LANTUS e NOVORAPID e da pomada ELIDEL CREME, prescritos aos pacientes substituídos pelo Ministério Público Estadual, mostra-se necessário, adequado e proporcional. A decisão que determinou ao Município o seu fornecimento, se suspensa, poderá acarretar dano irreparável aos substituídos pelo Ministério Público do Estado do Ceará. Portanto, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão dos efeitos da decisão concessiva da liminar. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão de segurança.

Para a decisão, é importante que "os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determina a elaboração de políticas públicas".

Acredita-se que essa preocupação revela uma nova postura do STF em face das demandas que envolvem políticas públicas, e especialmente, diante da atuação com os demais poderes.

Outro exemplo desse contraste é o RE 273834[454] RS, do ano de 2000, da relatoria do Min. Celso de Mello, não selecionada por essa pesquisa, em que a compatibilidade entre justiça comutativa e distributiva não parecia ser foco da atenção:

> A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes.

Por outro lado, essa preocupação existe na STA 175:

> Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.

---

[454] DJ 18.09.2000.

Nesse julgamento, o STF tratou de avaliar o caso concreto que lhe foi apresentado. Na qualidade de precedente, pode-se dizer que a STA 175 supera a ADPF 45 na medida em que os critérios objetivos apontados ao longo da decisão foram aplicados na hipótese concreta, com a constante referência a uma postura do Judiciário intervindo nos direitos sociais prestacionais, mas em cooperação com os demais poderes.

Por fim, convém ressaltar que o STF deve retomar o julgamento do RE 566.471 RN, por certo não analisado nessa pesquisa, da relatoria do Min. Marco Aurélio, que discute o tema do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado, com diversos *amici curiae* já habilitados.

São dois casos. No primeiro, o remédio não está na lista fornecida pelo SUS; no segundo, não possui sequer registro na ANVISA.

O julgamento foi interrompido por pedido de vista do Min. Barroso após o voto do relator.

Marco Aurélio propôs a seguinte tese central:

> O Poder Judiciário pode determinar a entrega de medicamentos não incluídos nas listas de fornecimento do Sistema Único de Saúde, desde que atendidos dois critérios cumulativos. O primeiro é o da *imprescindibilidade*: o remédio deve ser necessário e adequado para melhorar a saúde e/ou a qualidade de vida do paciente, inexistindo alternativa de eficácia similar incluída nos programas oficiais. O segundo critério proposto é o da *necessidade*: em se tratando de medicamentos fora de lista, o paciente deve demonstrar que ele e seus familiares próximos não dispõem de condições financeiras para arcar com os custos.

Acredita-se que os critérios da imprescindibilidade e necessidade decorrem do conceito de mínimo existencial[455], em coexistência com a reserva do possível e temperado pela razoabilidade. Diante das distorções causadas pela judicialização, em especial na saúde, a proposição do relator parece querer romper com a ideia que o Estado teria a obrigação de fornecer todo e qualquer medicamento a qualquer pessoa. O voto reconhece que o dever estatal incondicionado seria limitado às prestações incluídas nas listas oficiais, resultantes dos juízos técnicos realizados pela Administração[456]. Vê-se, portanto, uma diferença de postura em relação ao RE 247.900/RS, de 1999, mencionado nesse tópico anteriormente.

Após o relator, o Min. Luís Roberto Barroso votou, defendendo uma atuação mais restritiva do Judiciário, pelo não fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS,

---

[455] Especificamente sobre o mínimo existencial no STF, v. CARVALHO, *O mínimo existencial*..., 2016, p. 137-143.

[456] V. Lei nº 12.401/2001, que instituiu a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

como regra. A concessão judicial só deve ser possível em situações excepcionais, pois a judicialização de demandas individuais compromete toda a coletividade: “A vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não tem mais valor do que as dos muitos que são invisíveis para o sistema de Justiça”.

Barroso, então, propõe os requisitos que autorizam a intervenção:

a) incapacidade financeira do paciente;

b) prova de recusa do órgão técnico em incorporar o medicamento no SUS;

c) inexistência de substituto terapêutico na rede pública;

d) eficácia do fármaco para tratar a doença;

e) que o custo seja imposto à União, ente responsável por incorporar o medicamento ao SUS.

O ministro também admitiu o fornecimento de remédio sem registro na ANVISA, sob as seguintes condições:

a) o fármaco não deve estar em análise pela agência;

b) deve estar em avaliação por mais de um ano;

c) já tenha registro em agências de Estados Unidos, Europa ou Japão.

Terceiro a votar, o ministro Edson Fachin também propôs parâmetros mais rígidos para o fornecimento dos medicamentos fora do SUS apenas nas seguintes situações:

a) haver prévio pedido ao próprio SUS;

b) haver receita por médicos da rede pública com indicação do remédio;

c) ter justificativa da inadequação de outro tratamento na rede pública;

d) laudo do médico que indique necessidade, estudos e vantagens do tratamento.

Marco Aurélio ponderou que os votos de Barroso e Fachin dificultariam o fornecimento por decisão judicial: “[...] os cidadãos que vieram ao Judiciário buscarem lã sairão tosquiados”.

O curioso desse julgamento é que pacientes com doenças graves e raras fizeram vigília em frente ao prédio do STF para pressionar o tribunal a obrigar o Estado ao fornecimento de medicamentos de alto custo não previstos na política de assistência do SUS. Eles usavam camisetas pretas e gritavam que suas vidas "não têm preço”. Os manifestantes se deitaram sobre duas macas para simular a longa espera pela decisão.

De toda maneira, conclui-se pela forma pioneira do STF em chamar a sociedade e o Poder Público para discutir a judicialização da saúde, tirando dali parâmetros para pautar o tema.

3.3.2 EDUCAÇÃO

Quanto à posição do STF em relação à escassez de recursos para a efetivação do direito à educação, merece destaque o analisado AgR no RE 410715, de 2005. As razões de decidir empregadas tanto no direito à educação quanto no direito à saúde são muito semelhantes, apoiando-se nos argumentos da ADPF 45. O acórdão mencionado é relevante em relação à delimitação do mínimo existencial, com sua consequente intangibilidade pela reserva do possível.

O entendimento desse autor é que a análise do mínimo existencial deve ser realizada em face de cada situação concreta. Em relação à educação, mesmo com todas as disposições programáticas afeitas ao assunto, o art. 208, IV da CF é preciso ao determinar que o Estado deve promover a educação por meio do acesso das crianças de até 5 anos de idade às creches e pré-escolas[457].

Ocorre que a despeito de reconhecer o ensino infantil como parte do núcleo essencial do direito à educação, o STF trata da reserva do possível sem expor claramente as razões pelas quais ela não se aplicaria à hipótese concreta[458].

Em um primeiro momento, o Min. Relator Celso de Mello limita-se a cuidar da capacidade econômica do Estado, do caráter gradual da concretização dos direitos sociais, da primazia do Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas. Em seguida, passa a tratar da impossibilidade de argumentos de natureza econômica justificarem a não concretização do direito à educação[459] e do reduzido espaço de discricionariedade conferido ao administrador público municipal em situações como a *sub judice.*

Na mesma linha da ADPF 45, o acórdão trata de forma teórica da reserva do possível e da implementação dos direitos sociais prestacionais. Parece não se preocupar muito em aplicar os argumentos suscitados ao longo da decisão aos fatos da causa.

---

[457] V. COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *Civil Procedure Review*, v. 7, p. 38-68, 2016.

[458] V. MOREIRA, *As restrições em torno*..., 2011, p. 227-231.

[459] Em julgado citado no acórdão (RE 431773 SP), o Min. Marco Aurélio afirma que o Estado deve se aparelhar para observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversas mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa.

Diferentemente da decisão na STA 175 de fornecimento de medicamento, em que o STF demonstrou ter ciência das questões relacionadas à realização dos direitos sociais prestacionais, e efetivamente buscou aplicar os argumentos desenvolvidos ao longo da decisão à hipótese concreta.

Entende-se conveniente também avaliar outras decisões que acabaram não selecionadas nessa pesquisa, mas que a doutrina aponta como relevantes julgados do STF.

Destaca-se os votos do Min. Joaquim Barbosa e Min. Gilmar Mendes na ADI 3324[460], de 2005, que decidiu sobre a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.536/97, que trata da transferência entre instituições de ensino para servidor público federal (ou seu dependente) que é removido para outra cidade[461].

Quando o tema é educação universitária, a análise de recursos acaba ganhando contornos diferentes, essencialmente porque o acesso aos níveis mais elevados de ensino deve ser garantido pelo Estado, segundo a capacidade de cada cidadão, nos termos do art. 208, V, da CF.

Como no caso do julgado BVerfGE 33,303[462], a Constituição sinaliza que o Estado deve colocar à disposição dos estudantes, vagas no ensino superior, e na medida de suas

---

[460] Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 05.08.2005. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA OBRIGATÓRIA DE ALUNO - LEI Nº 9.536/97. A constitucionalidade do artigo 1ºda Lei nº 9.536/97, viabilizador da transferência de alunos, pressupõe a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas - de privada para privada, de pública para pública -, mostrando-se inconstitucional interpretação que resulte na mesclagem - de privada para pública.

[461] Art. 1º A transferência *ex officio* a que se refere o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, será efetivada, entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino, em qualquer época do ano e independentemente da existência de vaga, quando se tratar de servidor público federal civil ou militar estudante, ou seu dependente estudante, se requerida em razão de comprovada remoção ou transferência de ofício, que acarrete mudança de domicílio para o município onde se situe a instituição recebedora, ou para localidade mais próxima desta. (Vide ADIN 3324-7) Parágrafo único. A regra do *caput* não se aplica quando o interessado na transferência se deslocar para assumir cargo efetivo em razão de concurso público, cargo comissionado ou função de confiança.

[462] Tribunal Constitucional Federal Alemão, Caso *Numerus Clausus* I: BVERFGE 33, 303, decisão do Primeiro Senado em 18/07/72 – trata-se de reclamação de estudante contra o sistema de ingresso nas Universidades da Bavária e de Hamburg, sob o fundamento de que, visto que a graduação é necessária para o exercício da profissão, tolhia o direito à livre escolha do ofício. Um dos seus principais destaques é a instituição da reserva do possível, reconhecendo que, na realidade, o sujeito não tem o direito de demandar do Estado uma vaga na Universidade. O TCF avaliou o caso sob a perspectiva da liberdade de ensino e aprendizado e de acordo com a "liberdade fática", considerando que "a livre escolha dos locais de formação segundo sua natureza tem como escopo o livre acesso às instituições; o direito de liberdade não teria nenhum valor sem o pressuposto fático da possibilidade de exercê-lo". Declarou inconstitucional a discriminação bávara em favor dos "filhos da terra". Quanto à lei universitária de Hamburg, entendeu inconstitucional a não fixação, no caso de limitações de admissão de "regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha". Na parte expositiva, é importante a lição de que os direitos não são apenas direitos de resistência

condições financeiras, implementar a melhor e a expansão das oportunidades ofertadas. Estas considerações são feitas em um plano geral, que se deve adaptar de forma proporcional e razoável à realidade dos fatos.

Na ADI 3324, o principal debate gira em torno da possibilidade de estudantes das universidades privadas serem transferidos para as universidades públicas. A maior parte dos ministros refere-se ao princípio da isonomia para afirmar que a transferência de estudantes universitários é possível, desde que observada a natureza do estabelecimento educacional de origem: se provenientes das universidades públicas, só poderiam ser direcionados à outras universidades públicas; da mesma forma, para o caso das instituições particulares.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, em especial, além de sustentarem a necessária preservação da igualdade, envolvem a limitação de recursos como *ratio decidendi.* Segundo o Min. Barbosa:

> [...] Parto da premissa de que a educação, além de ser um direito fundamental de cunho social, constitui um bem ou prestação que se reveste, entre nós, da característica de escassez. Cumpre ao Estado, em princípio, oferecê-la indistintamente, a todos, em igualdade de condições. Contudo, imperativos governamentais ligados às restrições orçamentárias e a outras limitações estruturais tornam isso impossível, especialmente em uma sociedade complexa, marcada por demandas de toda sorte [...]

O Min. Gilmar Mendes destaca que a disciplina jurídica das transferências obrigatórias deve ser ponderada com os limites orçamentários das universidades públicas. Ressalta, inclusive, que o ingresso ilimitado de estudantes por transferência poderia comprometer significativamente a oferta de vagas pelas universidades para os demais estudantes que pretendem ingressar nelas:

> Nestes termos, pergunto: qual a origem dos recursos para cobrir as despesas decorrentes do ingresso irrestrito de mais e mais alunos em uma universidade pública? Quais os critérios cobrirão as despesas? Não podemos olvidar que o orçamento das universidades públicas possui receita suficiente apenas para cobrir certo número de vagas [...]

O Min. Gilmar Mendes conclui que não se pode desconsiderar as limitações econômicas que subordinam a atuação das universidades públicas quanto ao atendimento incondicional dos pedidos de transferência de *ex oficio.*

(*Abwehrrechte*), mas também de participação. Além disso, impõe a utilização da reserva do possível para os direitos de participação que a análise do bem a dividir-se não se restrinja ao que há *ab initio*, mas que seja realizada segundo o decorrer do tempo. "Fazer com que os recursos públicos só lentamente direcionem benefício apenas a uma da população, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade".

Em decisão posterior, na STA 318 RS[463], de 2009, o Estado do Rio Grande do Sul arguiu a reserva do possível como forma de se exonerar do dever de fornecer transporte escolar aos alunos do ensino médio, especialmente no período noturno, que residem a mais de 3 km de distância das escolas públicas, no município de Lajeado.

Segundo o Min. Gilmar Mendes, "a doutrina da reserva do possível, nesse ponto, merece imensa cautela, na medida em que não pode ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a omissão estatal na área da educação". No caso, a própria Administração admitiu o convênio celebrado com os municípios representaria um meio viável para implementar o transporte escolar. É um exemplo de quando a Administração argui a reserva do possível sem qualquer supedâneo teórico, apenas como forma de se exonerar das obrigações que lhe competem.

Neste caso, de relevância processual, ressalta-se que o Min. Gilmar Mendes afastou o bloqueio de verbas públicas para tornar efetiva a ordem judicial emanada em primeira instância. Como se pode depreender da análise de outros julgados, este tipo de condenação é rotineiro em ações que versam sobre efetivação de políticas públicas. No entanto, de acordo com a decisão, o bloqueio de verbas deve ocorrer em situações específicas e de modo excepcional:

> [...] não há, no acórdão atacado, limites para o bloqueio, a revelar ônus excessivo ao Poder Público e à coletividade, pois impõe remanejamento financeiro das contas estaduais, em detrimento de outras políticas públicas estaduais de alta prioridade. Assim, não vislumbro grave lesão à ordem e economia públicas, com exceção da determinação de bloqueio de verbas públicas.

Assim, no caso da educação, conclui-se pela relevância da posição do STF na efetivação dos direitos sociais prestacionais, desde que acompanhada de critérios objetivos que busquem minimizar o impacto financeiro das decisões individuais no plano macro da atuação da Administração.

A decisão proferida indica que o Judiciário não pode voltar seus olhos apenas para a microjustiça, mas deve verdadeiramente se engajar na realização da macrojustiça, em uma postura que represente uma atuação colaborativa com os demais poderes constituídos com o dever de fundamentar voltando-se sempre para o caso concreto.

---

[463] Min. Rel. Gilmar Mendes. DJ 27.04.2009.

3.3.3 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Nas causas em que versa o direito à assistência judiciária, o STF destacou a importância da Defensoria Pública nos planos normativo, político e social[464]. A Defensoria Pública seria essencial como instrumento de concretização dos direitos e das liberdades. A omissão do Estado em concretizar a previsão constitucional não poderia ser tratada de maneira inconsequente, porque, de sua adequada organização e efetiva institucionalização, depende a proteção jurisdicional de milhões de pessoas excluídas, à margem das conquistas jurídicas e sociais.

Para a Suprema Corte, de nada vale os demais direitos se o cidadão vê violado o acesso à justiça. Diante disso, a alegação de escassez de recursos por parte da Administração ofende o núcleo essencial do direito fundamental à assistência judiciária, não sendo argumento capaz de afastar a intervenção judicial.

3.3.4 PREVIDÊNCIA SOCIAL: VISÃO DISTINTA

Mesmo não sido selecionado nenhum julgado sobre a previdência social na pesquisa, considera-se relevante esclarecer como ela é encarada pelo STF, na visão de outras pesquisas.

A despeito de o direito à previdência também ostentar a qualidade direito social, em consonância com o disposto no art. 6º da CF, a postura adotada pelo STF é diferenciada quando se trata da análise da fonte de custeio para sua implementação[465].

Como observa Fernando Facury Scaff[466], em diversos julgados o STF reconheceu a inconstitucionalidade de leis estaduais que criaram ou estenderam benefícios previdenciários aos servidores ou aos seus dependentes, sem a correspondente fonte de custeio. Muito diferente das razões suscitadas nas hipóteses que envolvem os direitos à saúde e à educação, os julgadores entenderam indispensável a existência de orçamento para a concessão do benefício previdenciário.

---

[464] Sobre o dilema da autonomia administrativa e orçamentária da Defensoria Pública, ver o julgamento da ADI 5296 DF, Min. Rel. Rosa Werber, DJ 11.11.2016.

[465] Cf. MOREIRA, *As restrições em torno*..., 2011, p. 231-235.

[466] SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET; TIMM, (Org.). *Direitos fundamentais*..., 2013, p. 168-169.

O autor aponta que existe um aspecto que merece análise: a) quando o Judiciário concede direitos sociais diretamente da Constituição, é irrelevante a fonte de custeio, mas b) quando o Legislativo amplia benefícios previdenciários, a fonte de custeio torna-se relevante[467].

Nesse sentido também é o AgRE 461904[468], em que o Min. Rel. Celso de Mello destaca a possibilidade do STF assumir a condição de legislador positivo, se, com fundamento no princípio da igualdade, avalizar a extensão do benefício previdenciário sem a existência de lei que reconheça a correspondente fonte de custeio.

Também no RE 415454[469], o Min. Rel. Gilmar Mendes afirma que não é possível dissociar a arrecadação de tributos e a dotação orçamentária, sob pena de afronta ao equilíbrio financeiro e atuarial do Estado.

Uma conclusão é que quando os direitos podem ser concretizados a partir de um sistema normativo plenamente definido, como no caso dos benefícios previdenciários, a observância da existência de recursos para sua efetivação compete ao Legislativo, Executivo e Judiciário. Entretanto, nas hipóteses que os direitos sociais decorrem simplesmente do texto da Constituição, o Judiciário não se preocuparia tanto com a existência de fonte de custeio para sua concretização.

Alinie Moreira lembra que a fonte de recursos para a concretização de qualquer direito social tem natureza tributária. Dessa forma, não se poderia ignorar o conteúdo do comando do art. 195, § 5ºda CF[470], mas também não é isonômico um tratamento tão distinto quando se pretende dar efetividade aos direitos igualmente sociais.

Finda a análise dos julgados do STF, parte-se à investigação das decisões do Superior Tribunal de Justiça.

---

[467] Scaff cita os seguintes julgados: ADI 838, j. 13.08.1998; ADI 2311, j. 07.03.2002; ADI 1.002, j. 07.03.2002. Nesses casos, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei em face da falta de fonte de recursos, alegando que, para efeito do sistema previdenciário, deveria ter sido respeitado o art. 195, § 5º da CF: "nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total".

[468] DJ 29.08.08.

[469] DJ 26.10.2007.

[470] Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

4 JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O Capítulo 4 trata dos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro tópico, expõe o método de seleção das decisões; no segundo, sua análise; por fim, as conclusões alcançadas.

4.1 SELEÇÃO

No STJ, a formação do banco de dados das decisões teve início em 17.04.2015. Foi feita pesquisa na página de Pesquisa de Jurisprudência do STJ[471] com os termos "controle adj judicial adj políticas adj públicas", sendo encontrados 29 acórdãos, 904 decisões monocráticas e 3 informativos de jurisprudência.

Nos mesmos termos que a pesquisa do STF, optou-se por excluir as decisões monocráticas, vez que não têm a chancela do tribunal enquanto órgão colegiado. Já os informativos mencionados, em nada têm a ver com o controle judicial de políticas públicas.

Foram excluídas também as decisões que não se referem à intervenção judicial em políticas públicas, e tratam, por exemplo, de mero controle de mérito de atos administrativos isolados[472]. 11 acórdãos serão analisados (37,9%).

4.2 ANÁLISE

Esse tópico traz a análise dos acórdãos selecionados. Preferiu-se dividir os julgados em ações coletivas e individuais. Como mencionado, sem ambição estatística, é uma maneira de avaliar por meio de qual instrumento processual a discussão chegou ao tribunal.

4.2.1 AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas são instrumentalizadas essencialmente na forma de ação civil pública ou mandado de segurança coletivo. Lembrando que algumas discutem direitos, de

---

[471] Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

[472] Acórdãos excluídos: REsp 1.367.549 MG, REsp 1.126.515 PR, REsp 1.275.859 DF, AgR no REsp 1.211.989 RN, REsp 1.174.235 PR, REsp 1.015.133MT, REsp 1.129.785 PR, EDcl no REsp 541.239 DF, AgR no AI 886.162 PR, AgR no REsp 672.480 SC, EmbDiv no REsp 675.201 PR, REsp 776.549 MG, REsp 541.239 DF, MS 4053 DF, MS 4021 DF, MS 4042 DF. REsp 813.408 RS

fato, coletivos em sentido amplo; enquanto outras buscam tutelar direito individual pelo instrumento coletivo.

4.2.1.1 Recurso Especial 575.998 MG (2004)

Partes envolvidas:	MP-MG x Município de Cambuquira
Data de julgamento:	07.10.2004
Relatoria do acórdão:	Luiz Fux
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Coleta de lixo
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais objetivando compelir o Município de Cambuquira a efetuar diariamente a coleta de lixo residencial, comercial e hospitalar. O Município recolhia apenas uma vez por semana, o que vinha causando o acúmulo de lixo por toda a cidade, com consequente aparecimento de doenças e zoonoses. Como se não bastasse, os munícipes eram multados caso não mantivessem os resíduos no interior de suas casas.

A sentença foi de procedência. Com a apelação, o TJ-MG deu provimento ao recurso, com fundamento na ingerência judicial nas políticas do Executivo e pelo caráter programático das normas constitucionais[473]. Contra o acordão, o MP-MG interpôs recurso especial alegando violação do art. 22 do CDC, que imporia ao Município o dever de prestar serviço contínuo de limpeza pública e coleta de lixo.

O acórdão proveu o recurso, conduzido pelo voto do Min. Luiz Fux. A coleta de lixo foi reconhecida como serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. A interrupção ou prestação de forma continuada extrapola os limites da legalidade e viola à dignidade humana.

[473] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COLETA DE LIXO - REMOÇÃO DIÁRIA - INEXISTÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA. Não pode o Ministério Público, em ação civil pública, sem lei específica a respeito, compelir o Município a proceder à coleta e remoção diárias do lixo da cidade, usando, para tanto, de ação de preceito e de normas genéricas e programáticas da legislação constitucional e ordinária.

Em relação à questão da ingerência do Judiciário na Administração, o voto entendeu que a atividade do gestor é vinculada, e não discricionária. O direito à saúde não pode ser relegado a um plano diverso das mais fundamentais garantias constitucionais.

Quanto à natureza programática - ou não - da norma, tendo em vista a clareza do Código de Defesa do Consumidor, o acórdão entendeu que há normatividade suficiente da promessa constitucional apta a ensejar a acionabilidade do direito[474].

No que se refere à escassez de recursos, o acordão admite que a imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio de recursos. Mas o cumprimento dos deveres constitucionais não pode ser ignorado pelo Executivo. É papel do Judiciário, nesse aspecto, velar pela harmonia entre os Poderes. Como precedente, transcreve o MS 20.999, do Min. Celso de Mello[475]:

> A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do Poder Estatal - como convém a uma sociedade democrática e livre - ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

Alude, por fim, ao debate no Recurso Especial 429.570-GO, da Min. Rel. Eliana Calmon[476], sobre a ingerência judicial em políticas ambientais[477]:

> A pergunta que se faz é a seguinte: pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso

---

[474]Cita BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 115.

[475] DJ 25.05.1990.

[476] DJ 22.03.2004.

[477] Sobre o tema, v. BODNAR, Zenildo. O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf>

> negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º, da lei de ação civil pública?
> O acórdão recorrido adotou entendimento de que não poderia fazê-lo por se tratar de ato administrativo discricionário, sobre o qual não cabe a ingerência do Judiciário. Não obstante, entendo que a ótica sob a qual se deve analisar a questão não é puramente a da natureza do ato administrativo, mas a da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente. Estando, pois, provado que a erosão causa dano ao meio ambiente e põe em risco a população, exige-se do Poder Público uma posição no sentido de fazer cessar as causas do dano e também de recuperar o que já foi deteriorado.
> O primeiro aspecto a considerar diz respeito à atuação do Poder Judiciário, em relação à Administração. No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um superpoder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de superpoder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.
> A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

O mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade não foram mencionados na decisão, muito embora fossem conceitos aplicáveis ao caso. Acredita-se que por se tratar de uma decisão de 2004 (portanto, anterior à ADPF 45), não era prática judicial trazê-los como elemento de decisão.

4.2.1.2 Recurso Especial 577.836 SC (2004)

Partes envolvidas:	MP-SC x Estado de Santa Catarina
Data de julgamento:	21.10.2004
Relatoria do acórdão:	Luiz Fux
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde – atendimento hospitalar à criança e ao adolescente
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação de mínimo existencial:	Não
Citação da reserva do possível	Não
Citação da razoabilidade	Não

Na origem, o MP-SC ajuizou ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina com fundamento na violação do direito à saúde de crianças e adolescentes causado pelo precário atendimento prestado no Hospital Infantil Joana de Gusmão, em Florianópolis. Mais de 6.000 pacientes infantis estavam desemparados, muitos deles, há quase ano e meio, sob a alegação do hospital não conseguir vencer a demanda imposta.

A liminar foi deferida e estabeleceu um cronograma de atividades para regularizar o atendimento das consultas e cirurgias já agendadas na lista de espera. Contra ela, foi interposto agravo de instrumento pelo Estado, que provido por decisão monocrática do relator para extinguir o processo, sem julgamento do mérito, por carência da ação diante da impossibilidade jurídica do pedido.

Contra a decisão, o MP-SC interpôs agravo regimental, negado com fundamento na ingerência judicial nas políticas do Executivo[478]. Diante do acórdão, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando violação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

---

[478] AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. DELINEAMENTO TRAÇADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO QUE SUBMETE AO CONTROLE E ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL, NO TODO OU EM PARTE, O HOSPITAL INFANTIL JOANA DE GUSMÃO, NO QUE RESPEITA ÀS ATIVIDADES MÉDICO-CURATIVAS INFANTIS DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 194 E 227 DA CF E ARTS. 1º, 4º, 7º, 11 E 208 DA LEI N. 8.069/90 (ECA. NORMAS PROGRAMÁTICAS. INVOCAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS. CASOS CONCRETOS E INDIVIDUALIZADOS. PRESERVAÇÃO DO DIRETO À VIDA. RAZÕES DE ORDEM ÉTICO JURÍDICA IMPONDO SOLUÇÕES CASUÍSTICAS. AFIRMAÇÃO DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA: SENDO A VIDA O PRIMEIRO DOS DIREITOS, NÃO HÁ DIREITOS QUE A ELE SE SOBREPONHA, NEM POSTULAÇÕES QUE NELE, POR SI SÓ, NÃO SE LEGITIMEM. HIPÓTESES QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A GENERALIDADE DAS POSTULAÇÕES DO PARQUET. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA E ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DO EXERCÍCIO DOS PODERES DO ESTADO. IMPERTINÊNCIA DA AVOCAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DE DELIBERAÇÕES PRÓPRIAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECEITAS PÚBLICAS

O recurso foi provido, conduzido pelo voto do Min. Luiz Fux. Para a decisão, muito semelhante em conteúdo às outras duas do Ministro analisadas nesse capítulo (RE 73624 SP, RE 718203 SP e RE 575.998 MG), o direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em norma constitucional reproduzida nos arts. 7º e 11 do ECA.

Ademais, sendo a Constituição Federal fruto da vontade política nacional, formulada mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, suas promessas são cogentes e eficazes, sob pena de restarem letra morta no papel. Se o Estado promete o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, ainda que cause repercussão orçamentária, uma vez a vontade política e constitucional foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país.

Da mesma forma que a decisão anterior, o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade não foram expressamente mencionados.

4.2.1.3 Recurso Especial 718.203 SP (2005)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Santo André
Data de julgamento:	06.12.2005
Relatoria do acórdão:	Luiz Fux
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Educação infantil – vaga em creche
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação da reserva do possível	Não
Citação da razoabilidade	Não

ADMINISTRADAS SEGUNDO AS DESTINAÇÕES DO ORÇAMENTO ANUALMENTE VOTADO PELO PODER LEGISLATIVO QUE DIZ, SOBERANAMENTE, ONDE, COMO, QUANDO E EM QUE CIRCUNSTÂNCIAS DEVAM SER FEITOS OS GASTOS PÚBLICOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE RESULTARIA, EM ADMITIDA, NA QUEBRA DO SISTEMA, POR PRETENDER IMPOR A REALIZAÇÃO DE DESPESAS NÃO PREVISTAS NA LEI ORÇAMENTÁRIA, NELA NÃO CONSIDERADA NEM APORTADAS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE PERMEIA ENCARGOS VÁRIOS AOS TRÊS ENTES POLÍTICOS DO PAÍS (UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS), OMITINDO-SE QUANTO À PROVENIÊNCIA DOS RECURSOS DESTINADOS AO SEU ATENDIMENTO, QUE FICOU, ASSIM, A CRITÉRIO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO, ANO A ANO, SEGUNDO AS DISPONIBILIDADE. CARÊNCIA DE AÇÃO RECONHECIDA: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO PRINCIPAL, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PROCEDÊNCIA DO AGRAVO, DITADA EM DECISÃO SINGULAR DO RELATOR (CPC, ART. 557, § 1º-A). INTERPOSIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO AGRAVO INTERNO. APRECIAÇÃO PELO COLEGIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. SUCESSO DO AGRAVO INTERNO, ADEMAIS, DEPENDERIA DA DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DECISÃO DO RELATOR CONTRARIA A ORIENTAÇÃO, NO PARTICULAR, DE TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO IMPROVIDO.

Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, objetivando compelir o Município de Santo André a efetivar matrícula de criança, contando com três anos de idade à época do ajuizamento da ação, em creche municipal.

A sentença julgou procedente o pedido. Veio a apelação do Município perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao recurso[479], com fundamento na impossibilidade de ingerência judicial nas políticas do Executivo, baseando-se, inclusive, em "jurisprudência do STJ". Contra o acórdão do TJ-SP, o MP interpôs recurso especial, alegando violação do ECA.

O Min. Luiz Fux votou pelo provimento do recurso, seguido por unanimidade, com os mesmos argumentos do caso seguinte, o RE. 736.524 SP.

4.2.1.4 Recurso Especial 736.524 SP (2006)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de São Paulo
Data de julgamento:	21.03.2006
Relatoria do acórdão:	Luiz Fux
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação pseudocoletiva – mandado de segurança coletivo
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Educação infantil – vaga em creche
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação da reserva do possível	Sim
Citação da razoabilidade	Sim

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado pelo MP-SP contra o Diretor do Centro de Educação Infantil Santa Helena, objetivando a efetivação da matrícula de duas crianças em creche municipal. Trata-se de ação pseudocoletiva.

A sentença julgou procedente o pedido. O Município de São Paulo interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu provimento ao

[479] APELAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SANTO ANDRÉ, OBJETIVANDO A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM FAVOR DE DETERMINADA MENOR PARAA OBTENÇÃO DE VAGA EM CRECHE MUNICIPAL.SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO E DETERMINOU O REEXAME NECESSÁRIO. A conveniência e a oportunidade de o Poder Público realizar atos físicos de administração cabe, com exclusividade, ao Poder Executivo, não sendo possível ao Judiciário, sob argumento de estar protegendo direitos coletivos, ordenar sejam efetivados. Jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Improcedência da ação. Recursos providos.

recurso[480]. Contra o acordão, veio o recurso especial do MP-SP alegando violação ao art. 54, IV, do ECA[481].

O acordão deu provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. A legitimidade do Ministério Público foi reconhecida para tutelar direito individual indisponível[482], com fundamento no art. 127 e 227 da CF, além dos arts. 7º, 200 e 201 do ECA.

Quanto ao mérito, decidiu-se que é direito subjetivo da criança, e consequente dever do Estado, o atendimento em creche e pré-escola. Não há discricionariedade do administrador diante de direitos "consagrados constitucionalmente". Para a decisão, a atividade é vinculada, inadmitindo-se qualquer interpretação que vise afastar a garantia pétrea:

> Evidentemente que num país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, promessas constitucionais alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não se poderia imaginar fosse o direito à educação das crianças relegado a um plano diverso daquele que o coloca na eminência das mais belas garantias constitucionais.

A decisão passa a analisar se a norma é programática ou definidora de direitos.

Adota o entendimento que, embora a matéria também seja constitucional, tendo em vista a explicitude do ECA, revela-se inequívoca a normatividade suficiente da promessa constitucional a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. Admite que meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de *lege ferenda*, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário.

Mas a situação do direito à creche é diferente, conforme ensina Barroso[483]:

> A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de "ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria" (inciso I), bem como pelo "atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência" (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos. É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não

---

[480] MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO A OBTENÇÃO DE VAGA NA CRECHE MUNICIPAL, PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DAS DUAS CRIANÇAS. ORDEM CONCEDIDA NA ORIGEM, QUESTÃO QUE DEMANDA VERIFICAÇÃO DE VÁRIOS FATORES PARA DEFINIÇÃO DE PRIORIDADES E ATENDIMENTO À VAGAS SOLICITADAS, AFASTANDO-SE A ARGÜIÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ, CONSTANTE DAS CONTRA-RAZÕES. APELO PROVIDO.

[481] Art. 54, IV: É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.

[482] Cita, entre outros, o REsp n.º 706.652/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 18/04/2005.

[483] BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 115.

> se sujeitar a riscos de interpretação em matéria a qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental.
> Desse modo, interpretando assim mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que "o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo". O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outas situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual - dever do Estado configuram, na mesma sorte direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insusceptível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.

Prossegue a decisão: quando a Constituição consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. O acórdão afastou a alegação ingerência judicial sobre o Executivo, pois se é direito do menor a frequência em creche, o Estado tem que se desincumbir desse dever através da sua rede própria.

Para a decisão, a Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, construída mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar. Por isso, são cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem "vãs e frias enquanto letras mortas no papel".

O relator não admite que direitos consagrados em "normas menores" como circulares, portarias, medidas provisórias ou leis ordinárias tenham eficácia imediata, enquanto os direitos consagrados constitucionalmente, "inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação", sejam deixados em segundo plano: [...] colocar um menor numa fila de espera, e atender a outros, significa o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia e à dignidade humana.

Como precedentes para justificar a decisão, cita a ADPF 45 e o RE 436.996-6/SP, do Ministro Celso de Mello, também sobre o direito à vaga em creche, esse último analisado no Capítulo 3.

4.2.1.5 Recurso Especial 1.041.197 (2009)

Partes envolvidas:	MP-MS x Estado do Mato Grosso do Sul
Data de julgamento:	25.08.2009
Relatoria do acórdão:	Humberto Martins
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade

Política pública em questão:	Saúde – aquisição de equipamentos em hospital público
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, o MP-MS moveu ação civil pública contra o Estado do Mato Grosso do Sul em razão da precariedade do atendimento e falta de equipamentos essenciais no Hospital Universitário de Dourados. Contra a sentença de procedência, o Estado interpôs apelação, que foi improvida pelo acordão do TJ-MS[484], daí o recurso especial, alegando violação da Lei de Licitações, da Lei do SUS, da Lei da Ação Civil Pública e do CPC/73.

Quanto à violação da regra de licitação, o voto demonstra que o acórdão recorrido não determinou que o Estado adquirisse os equipamentos necessários sem o devido processo licitatório; na verdade, foi concedido prazo de seis meses para a implementação das obrigações de fazer, para que fosse possível ao ente público efetivar os procedimentos exigidos por lei.

Ressalta-se o comando aberto e flexível da decisão, mesmo no ano de 2008, em consonância com o projetado pelo PL 8.058/14.

O acórdão, então, avalia a controvérsia sobre o princípio da separação dos poderes, as limitações orçamentárias e a impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre

[484] AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – INTERESSE DIFUSO E COLETIVO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público é instituição permanente e essencial para a defesa dos interesses sociais, difusos e coletivos; no caso, considerando-se que o pleno funcionamento do Hospital Universitário de Dourados é interesse de toda a sociedade douradense, é certo que o Ministério Público possui legitimidade ativa extraordinária ex legis (Constituição Federal) para a promoção da presente Ação Civil Pública. AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS AO HOSPITAL UNIVERSITÁRIO DE DOURADOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO ESTATAL (SENTIDO GENÉRICO) – DEVER IMPOSTO PELA NORMA CONTIDA NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NÃO-CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA À ORDEM ECONÔMICA E ORÇAMENTÁRIA E À SEPARAÇÃO DOS PODERES – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL – MÍNIMO EXISTENCIAL. A saúde é um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal); a Administração Pública está submetida ao império da lei quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo; todavia, o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, e pode analisar as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. Os Tribunais Superiores têm entendido que, quando a Constituição Federal consagra um direito, e a norma infraconstitucional o torna explícito, o Poder Judiciário deve torná-lo realidade ao cidadão, e coibir a 'Síndrome da Inefetividade (sic) das Normas Constitucionais', mesmo que isso resulte repercussões na esfera orçamentária; a teoria da reserva do possível deve ser aplicada desde que assegure o mínimo existencial; no caso, o Estado de Mato Grosso do Sul deve providenciar os equipamentos médico-hospitalares que faltam ao Hospital Universitário de Dourados, especialmente porque esse nosocômio presta atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, evidentemente, ofende à dignidade daqueles que mais precisam de um serviço adequado e eficiente.

as prioridades da atividade administrativa. É amparado nesses fundamentos que o Estado do Mato Grosso alega que o Poder Judiciário não poderia se imiscuir indevidamente em área de atribuição precípua do Poder Executivo.

O voto faz um exame mais aprofundado não só dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, como também de alguns dogmas constitucionais "arraigados na cultura jurídica brasileira".

Segundo a decisão, a análise dessas questões precisa ser feita partindo de uma nova leitura a respeito do princípio da separação dos poderes. Discorre que, a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de concretizar políticas de transformação da realidade social. Com isso, não só o Poder Executivo, mas também o Judiciário sofreu alterações em sua estrutura funcional, de modo a possibilitar a efetividade dos direitos sociais.

Se, de um lado, a Administração recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados; de outro, o Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

A ilicitude gerada pelo não cumprimento injustificado do dever da administração pública em concretizar políticas de governo acarreta a desarmonia da ordem jurídica, o que faz merecer correção judicial, sob pena de transformar em letra morta os direitos sociais.

"Inicialmente formulada em sentido forte", até porque assim exigiam as circunstâncias históricas, nos dias atuais a separação dos Poderes demanda temperamentos e ajustes à luz de diferentes realidades constitucionais. A decisão faz então referência à ADPF 45 e às sentenças aditivas das cortes constitucionais europeias.

Outro ponto levando pela decisão é a insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao Estado. Primeiro, afirma que a teoria da reserva do possível tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias. Reconhece que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais, mas que a reserva do possível não pode ser utilizada de forma indiscriminada.

O direito alemão teria construído a teoria dando-lhe sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado prestação que se dê nos limites do razoável. Ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Os direitos sociais

prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade[485].

Para o acórdão, não se pode importar preceitos do direito comparado sem atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já teria conseguido efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizado o acesso aos serviços públicos mais básicos, permitindo um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população. Realidade essa ainda não alcançada pelo Estado brasileiro.

Na Alemanha ainda, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o 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. Seria essa a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como formulado pela jurisprudência germânica.

Situação completamente diferente seria a observada nos países periféricos, como o Brasil, pois ainda não foram asseguradas condições mínimas de vida digna para a maioria dos cidadãos. Daí que os pleitos que visem fomentar uma existência minimamente decente não podem ser encarados como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro.

Nesse viés, a reserva do possível não poderia ser oposta ao mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo é que se poderia discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos deve-se investir. Ou seja, para a decisão, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao Estado.

Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

O mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido, é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos. Não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

---

[485] Cita KRELL, Andreas Joachim. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais:* a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

A última questão na decisão diz respeito à impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa. Segundo os defensores desta tese, ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos sociais, e, por não haver um escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

O relator reconhece que em algumas situações é impossível se estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal, apenas poderia ser identificada na análise do caso concreto.

Contudo, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação e a saúde, fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve encarar como prioritárias. A análise do art. 2º da Lei n. 8.080/90 e do art. 196 da Constituição Federal seria suficiente para concluir que o direito à saúde deve ser uma prioridade do Estado; até porque está intimamente ligado com o direito à vida, fonte de onde irradiam todos os demais direitos fundamentais.

No caso concreto, para a decisão, essa obrigação prioritária do Estado não vinha sendo prestada de forma a satisfazer o comando constitucional e legal. Conforme registrou o acórdão recorrido do TJ-MS, em razão da demanda e da falta de equipamentos médico-hospitalares, o Hospital Universitário de Dourados, por vezes, oferecia e prestava atendimento nos corredores e em cadeiras de fio, fato que, "evidentemente, ofende a dignidade daqueles que precisam de um serviço adequado e eficiente".

O voto prossegue no sentido de que assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, tais como a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público.

Deveria o agente político – se consciente de sua responsabilidade – determinar a inclusão orçamentária nos exercícios financeiros seguintes dos valores necessários para suprir a falta de equipamentos hospitalares, a fim de evitar demandas como a do caso concreto.

Para o voto, a omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois "este não é mero departamento do Poder Executivo, mas, sim, um Poder que detém parcela da soberania nacional". Usa como precedente o já analisado REsp 575998/MG, Rel. Min. Luiz Fux:

> [...] Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

Cita, por fim, o REsp 429570/GO, da Rel. Min. Eliana Calmon[486]:

> [...] o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

É outro julgado que reflete bem a posição do STJ em relação aos conceitos mencionados.

4.2.1.6 Agravo Regimental no Recurso Especial 1.136.549 RS (2010)

Partes envolvidas:	MP-RS x Município de Esteio
Data de julgamento:	08.06.2010
Relatoria do acórdão:	Humberto Martins
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde – medicamento
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, diante da precariedade do atendimento de saúde, o MP-RS ajuizou ação civil pública contra o Município de Esteio para vê-lo condenado na obrigação de fornecimento de medicamentos excepcionais e inclusão de verba orçamentária para o mesmo fim.

A sentença foi de improcedência. Veio apelação do MP, também improvida, com o acórdão do TJ-RS fundamentado na impossibilidade de ingerência judicial nas políticas do

[486] Segunda Turma, j. 11.11.2003, DJ 22.3.2004

Executivo, na reserva do possível e na discricionariedade administrativa[487]. O Ministério Público interpôs recurso especial, alegando a violação de dispositivos da Lei do SUS.

Em decisão monocrática, o Min. Humberto Martins deu provimento ao recurso. A fundamentação da decisão é muito semelhante ao caso anterior, do mesmo ministro: REsp 1.041.197/MS. O relator, inclusive, alega que esse REsp pacificou na Primeira Seção do STJ:

> O 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 foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.

Contra a decisão monocrática foi interposto agravo regimental, improvido com os mesmos fundamentos, o que seria vedado atualmente pelo CPC/15.

4.2.1.7 Recurso Especial 1.179.115 RS (2011)

Partes envolvidas:	UFPEL e Incra x MPF
Data de julgamento:	17.02.2011
Relatoria do acórdão:	Herman Benjamim
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Políticas afirmativas em educação
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim

[487] APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE INCLUSÃO DE VERBA ORÇAMENTÁRIA. INGERÊNCIA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. Não pode o Judiciário, sob qualquer pretexto, ir além do exame estrito da legalidade e da legitimidade, pena de imiscuir-se indevidamente em terreno reservado à Administração. Falta aos Juízes, porque situados fora do processo político-administrativo, a capacidade funcional de garantir a efetivação de direitos sociais prestacionais mormente quando, a mais das vezes, se não sempre, dependente de condições de natureza econômica ou financeira que longe estão dos fundamentos jurídicos Apelo desprovido. Unânime.

Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, foi estabelecido convênio entre o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e a Universidade Federal de Pelotas (Ufpel) para permitir a exclusividade de 60 vagas para famílias de assentados de "sem-terra" do MST no curso de medicina veterinária da referida universidade.

Diante disso, o MPF ajuizou ação civil pública para anular o convênio, com fundamento no princípio da igualdade. A liminar foi indeferida. Contra ela veio o agravo de instrumento, provido pelo TRF-4[488], pois não se trata de mínimo existencial o acesso ao ensino superior, devendo ser privilegiada a isonomia do processo seletivo. Contra o acórdão, a Ufpel e o Incra interpuseram recurso especial.

No caso, há uma particularidade processual. O TRF-4 determinou, em agravo de instrumento, que os efeitos da tutela antecipada fossem concedidos *até o trânsito em julgado* da causa. A extensão contrariaria o entendimento do STJ no sentido de que, julgada improcedente a causa, não mais existe verossimilhança do direito apta a antecipar os efeitos da tutela[489]. A tutela provisória fica prejudicada, o que seria motivo suficiente para prover o recurso.

Para a decisão, a efetividade das políticas públicas, como regra, não pode ser frustrada mediante decisões pautadas em mera cognição sumária quando há sentença que exaure o *meritum causae* por completo. Por esse motivo exclusivamente processual, o STJ reforma o acórdão do TRF da 4ª Região.

Ocorre que, em *obter dictum*, o acórdão analisa a possibilidade de judicialização das políticas públicas:

> [...] a questão de fundo diz respeito ao controle judicial de Políticas Públicas, ao sentido e extensão da autonomia universitária, bem como à

---

[488] AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇAO CIVIL PÚBLICA. CONVÊNIO ENTRE INCRA E UFPEL. TURMA ESPECIAL PARAASSENTADOS EM CURSO DE MEDICINA VETERINÁRIA. O ingresso no curso de Medicina Veterinária da UFPEL, exclusivamente pelas famílias de assentados do INCRA, impõe malferimento ao princípio da igualdade no acesso ao ensino (art. 5º, *caput*, I e art. 206, VI, CF), não devendo a universidade pública privilegiar determinadas categorias ou segmentos de categorias profissionais. Em questões de políticas públicas cabível a intervenção do Judiciário somente na hipótese de os gastos públicos não atenderem os mínimos existenciais. Por mais elástico que possa ser o campo de atuação conformador da Universidade Federal de Pelotas, do INCRA e da Fundação Privada Simão Bolívar, não se está a tratar de um mínimo existencial, mas de um curso no qual prepondera o método de livre acesso, que é, praticamente, um curso de Medicina, não adequado àquela específica atuação e atividade profissional dos beneficiários.

[489] REsp 529342/PR, Rel. Ministro Castro Meira, j. 24/11/2009, DJe 26/02/2010; AgR no REsp 985734/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 18/12/2008, DJe 13/02/2009; entre outros.

> legalidade de políticas afirmativas no terreno educacional, com o desiderato de superar desigualdades sociais.

Entende que, em regra, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como "tudo no Estado de Direito", as políticas públicas também se submetem ao controle de constitucionalidade e legalidade, tanto na perspectiva dos seus motivos e finalidades, como da sua causa.

Pela decisão, a autonomia universitária (art. 53 da Lei 9.394/98[490]) é uma das conquistas científico-jurídico-políticas da sociedade contemporânea e, por isso, deve ser prestigiada pelo Judiciário. Desde que preenchidos os requisitos legais, garante-se às universidades públicas a mais ampla liberdade para a criação de cursos, inclusive por meio da celebração de convênios. Da universidade se espera não só que ofereça a educação escolar convencional, mas também que contribua para o avanço científico-tecnológico do País e seja partícipe do esforço nacional de eliminação ou mitigação, até por políticas afirmativas, das desigualdades que ainda separam e contrapõem brasileiros[491].

Entre os princípios que vinculam a educação escolar básica e superior no Brasil, estariam a "igualdade de condições para o acesso e permanência na escola" (art. 3°, I, da Lei 9.394/98).

Para o voto, a não ser que se pretenda conferir caráter apenas retórico ao princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, deve-se assegurar a esta a possibilidade de buscar formas criativas de propiciar a natureza igualitária do ensino.

---

[490] Art. 54 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação: Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições: I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes; III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão; IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio; V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes; VI - conferir graus, diplomas e outros títulos; VII - firmar contratos, acordos e convênios; VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais; IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos; X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas. Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre: I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos; II - ampliação e diminuição de vagas; III - elaboração da programação dos cursos; IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão; V - contratação e dispensa de professores; VI - planos de carreira docente.

[491] Sobre o tema, v. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Autonomia Universitária* - As Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988. 2. ed. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A reserva de vagas nas universidades públicas. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n.9, p. 699-701, 2001.

Políticas afirmativas endereçadas a combater situações incompatíveis com os fundamentos e princípios do Estado Social não poderiam ser comparadas a privilégios. Ao invés de funcionarem por exclusão de sujeitos de direitos, o objetivo dessas políticas, na verdade, é o da inclusão, sobretudo para aqueles aos quais são negados "os benefícios mais elementares do patrimônio material e intelectual da Nação".

Segundo a decisão:

> [...] para privilegiar basta a manutenção do status quo, sob o argumento de autoridade do estrito respeito ao princípio da igualdade. Sob o nome e invocação do princípio da igualdade, praticam-se ou justificam-se algumas das piores discriminações, ao transformá-lo em biombo retórico e elegante para enevoar ou disfarçar comportamentos e práticas que negam aos sujeitos vulneráveis direitos básicos outorgados a todos pela Constituição e pelas leis.

No caso concreto, o convênio entre a Ufpel e o Incra teria a finalidade de dar cumprimento aos "princípios da igualdade de condições ao ensino, do pluralismo de ideias, do respeito à liberdade, do apreço à tolerância, da gestão democrática do ensino e da vinculação entre o ensino, o trabalho e as práticas sociais", nos termos do art. 3º da Lei 9.394/1998.

Nesse sentido, a autonomia universitária deveria ser respeitada. Nada indicaria a conveniência ou necessidade de sindicabilidade judicial em controle de constitucionalidade ou legalidade, pois a política pública visaria reduzir as desigualdades no campo. Cita como precedente o REsp 866754/RJ, da Ministra Eliana Calmon[492]:

> [...] A averiguação da satisfação dos referidos princípios e objetivos pela atividade administrativa ou, especificamente, pela Portaria 202/99, não tem lugar em ação judicial, pois dizem respeito à condução de políticas pública pelo Poder Executivo, nelas não podendo se imiscuir o Judiciário.

Diante do fundamentado, o acórdão decide que, nesse caso, não pode o Poder Judiciário imiscuir-se indevidamente em desenvolvimento de programas sociais quando não há manifesta inconstitucionalidade ou ilegalidade, ou ainda situação que exija a intervenção excepcional.

É um caso que destoa dos outros julgados, pois a discricionariedade administrativa foi mantida. A ausência de mínimo existencial, para o TRF-4, foi argumento para suspender

---

[492] J. 04.11.2008

o convênio. Já para o STJ, a autonomia universitária impede o Judiciário de se imiscuir nas políticas públicas. O princípio da igualdade foi utilizado por cada julgador de forma diferente. Uma para impedir as cotas, outra para permiti-las.

Assim, em que pese a narrativa em *obter dictum*, o acórdão deu provimento ao recurso para determinar a limitação dos efeitos da tutela antecipada até a sentença de improcedência, em razão da questão processual.

4.2.1.8 Recurso Especial 1.068.731 RS (2011)

Partes envolvidas:	MP-RS x Estado do Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	17.02.2011
Relatoria do acórdão:	Herman Benjamim
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde – leitos em hospitais
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, o MP-RS ajuizou ação civil pública contra o Estado do Rio Grande do Sul, pleiteando a condenação do ente a implementar ações para dotar o Município de Cachoeirinha da gestão plena do Sistema Único de Saúde. O município contava apenas com um hospital, cujo número de leitos era insuficiente para o atendimento da população local.

Em primeira instância, o Estado foi condenado, mas conseguiu reverter a sentença no TJ-RS, sob o fundamento na ingerência judicial nas políticas do Executivo[493]. O MP-RS interpôs recurso especial, alegando violação à Lei do SUS.

[493] Ementa: DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LEGITIMIDADE PASSIVA. CHAMAMENTO DO MUNICÍPIO AO PROCESSO. DESNECESSIDADE. DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITOS CLÍNICOS E DE UTI ADULTO NECESSÁRIOS ALÉM DA CAPACIDADE INSTALADA EM HOSPITAL NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRINHA. O Estado possui legitimidade passiva para ação civil pública objetivando a disponibilização de leitos clínicos e de UTI adulto necessários além da capacidade instalada em hospital do Município de Cachoeirinha. Cabe à parte escolher contra quem ajuizar a ação, tornando descabido o pedido de chamamento do Município ao processo. É certo que o direito à saúde é assegurado a todos pela Constituição Federal, sendo a falta de leitos hospitalares um sério problema a ser considerado. Há, todavia, inúmeros outros direitos constitucionalmente assegurados, igualmente não implementados devido à falta de verbas, incumbindo exclusivamente à atividade administrativa resolver a questão, sob pena de a conduta do administrador restar pautada pelo ajuizamento e decisões prolatadas em ações civis públicas, comprometendo a independência entre os Poderes. Precedentes do TJRGS e STJ. PREQUESTIONAMENTO. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à

O acórdão da relatoria do Min. Herman Benjamin deu provimento ao recurso. Citou a posição do STF[494] e do STJ, em voto do Min. Humberto Martins (REsp 1.185.474/SC[495]) sobre o tema:

> [...] a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.

Para a decisão, o direito à saúde constitui direito subjetivo do cidadão, exigível de imediato, em oposição às omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impôs obrigações positivas ao Estado, de modo que ele está compelido a cumprir o dever legal. A falta de vagas em UTIs no Município violaria gravemente o direito à saúde e o mínimo existencial de toda a população local. Como se trata de direito difuso a ser protegido, intrinsecamente ligado ao direto à vida, deve ser tratado com prioridade pelo ente público.

A decisão assume que em regra descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Mas, "como tudo no Estado de Direito", as políticas públicas submetem-se ao controle de constitucionalidade e legalidade, principalmente quando o que se tem "não é o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente".

Segundo a decisão, a ideia de reserva do possível não pode configurar "carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal". A escusa da limitação de recursos orçamentários não passaria de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade.

Concluiu que o "absurdo e a aberração orçamentários", por ultrapassarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos poderes.

---

resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que entendeu o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia. Apelação provida

[494] RE 595595 AgR/SC, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.5.2009.

[495] Que não constou como resultado da pesquisa de jurisprudência desse estudo.

4.2.1.9 Agravo Regimental no Recurso Especial 1.107.511 RS (2013)

Partes envolvidas:	MP-RS x Município de Pelotas
Data de julgamento:	21.11.2013
Relatoria do acórdão:	Herman Benjamim
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação pseudocoletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde - medicamento
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, trata-se de ação civil pública (ação pseudocoletiva) movida pelo MP-RS, em benefício de menor de idade, para condenar o Município de Pelotas ao fornecimento de tratamento de saúde. Contra o acórdão em agravo de instrumento no TJ-RS, que negou o fornecimento pela ilegitimidade passiva do Município, o MP-RS interpôs recurso especial, alegando violação de dispositivos da Lei do SUS e do Estatuto da Criança e do Adolescente. O interesse em questão seria individual e indisponível, o que legitimaria a responsabilidade qualquer dos entes federativos no âmbito da saúde.

Em decisão monocrática, o Min. Herman Benjamin deu provimento ao recurso. Considerou que é dever do Estado, em sentido amplo, fornecer efetivo tratamento médico, sendo responsabilidade solidária dos entes federativos o cumprimento dos serviços de saúde[496]. Da decisão, o Município interpõe agravo regimental, arguindo que o princípio da reserva do possível deve ser observado, pois se trata da utilização de recurso público.

O voto do relator faz uma digressão sobre o conceito, de maneira muito semelhante ao Recurso Especial n. 1.041.197, de 2009, do Min. Humberto Martins:

> Nesse viés, a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial. Somente depois de atingido o mínimo é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos deve-se investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao Estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais se inclui o pleno acesso a um serviço de saúde de qualidade.

[496] Cita o AgR no Ag 1424474 BA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 22.08.2013.

> O mínimo essencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade primeira do Poder Público. Somente depois de atendido, é que se pode cogitar a efetivação de outros gastos. Não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

Ao final, o acordão nega provimento ao recurso, conduzidos pelo voto relator.

4.2.1.10 Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 38.966 SC (2014)

Partes envolvidas:	MP-SC x Estado de Santa Catarina
Data de julgamento:	09.09.2014
Relatoria do acórdão:	Jorge Mussi
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – mandado de segurança
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Dignidade do presidiário - superlotação
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim,
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, o Juiz Corregedor do Presídio Regional de Mafra, em Santa Catarina, editou portarias administrativas com o fim de vedar o ingresso de novos presos no estabelecimento prisional, até o limite de 150 detentos, ainda que já houvesse sido extrapolada a capacidade máxima originária de 72 homens e de 15 mulheres. Contra a decisão do magistrado, o Estado de Santa Catarina impetrou mandado de segurança no TJ-SC, alegando ingerência judicial nas políticas públicas do Executivo. O acórdão do tribunal entendeu que não foi violada a separação dos poderes em razão do princípio da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana[497].

---

[497] Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. PRESÍDIO. SUPERLOTAÇÃO. PORTARIA. NÚMERO DE PRESOS. LIMITAÇÃO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO. SEGURANÇA PÚBLICA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. Age no estrito exercício da função de corregedor do presídio - e, portanto, sem ofender a separação dos poderes (CF, art. 2º) – o juiz de direito que, mediante limitação de vagas, interdita parcialmente ergástulo público superlotado. Na medida em que não determina qualquer ação concreta e imediata ao poder público (v.g., prazo para transferência de presos, criação de vagas e construção de presídios), a limitação de ingresso de novos detentos não invade as competências do poder executivo. 2. O conflito (aparente) de normas constitucionais deve ser resolvido à luz do princípio da unidade da Constituição, mediante a ponderação dos valores envolvidos e observando-se os parâmetros estabelecidos pelo princípio da proporcionalidade. Com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), é razoável aceitar ponderado sacrifício da segurança pública (CF, art. 6º,

Contra essa decisão, o Estado de Santa Catarina interpôs recurso ordinário ao STJ, que teve seguimento negado pelo Min. Jorge Mussi. Veio o agravo regimental, também improvido.

O voto do relator entendeu que, estabelecida como núcleo dos direitos fundamentais, a dignidade (art. 1º, III, CF) é respaldada pela:

> [...] essência que aflora da liberdade, da igualdade, do respeito à vida e da observância dos direitos humanos assegurados Constituição, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pelo Pacto de São José da Costa Rica e demais tratados internacionais que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

Dito isso, os direitos e garantias fundamentais, em sua dimensão objetiva[498], consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepor a eventuais arbitrariedades estatais. Nesse sentido, teria o Estado o dever de tutela dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares.

Quanto à eficácia vertical, o acórdão entendeu que o princípio da separação dos poderes harmoniza-se por meio do sistema de freios e contrapesos, na medida em que a atuação comissiva ou omissiva de um de seus poderes cause alguma violação. Cita a ADPF 45 para justificar a possibilidade de intervenção judicial nas políticas do Executivo e pondera o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível:

> Uma vez provocado, a prestação jurisdicional efetuada pelo Poder Judiciário do mínimo existencial não implica interferência nas atribuições constitucionais do Executivo, do qual se exige a concretização da reserva

---

caput), diante de insustentáveis condições físicas e de salubridade de celas superlotadas. Sopesados os valores em confronto, a proibição de ingresso de novos detentos mostra-se: a) adequada, porque atinge o fim pretendido (dignidade da pessoa humana), diante da impossibilidade real de imediata criação de novas vagas no sistema prisional estadual; b) necessária porque impede a interdição total do ergástulo, garantindo a dignidade dos presos com o mínimo de sacrifício à segurança pública; c) proporcional em sentido estrito, porque evita rebeliões e fugas em massa (que acabariam por agredir ainda mais a segurança pública), bem como doenças e mortes decorrentes das más condições de encarceramento (que resultariam na responsabilidade civil do Estado) 3. A exceção à limitação de presos, imposta aos que praticarem crimes abstratamente graves, conquanto não tenham reação direta com as más condições de encarceramento, mostra-se adequada, notadamente na busca do mínimo sacrifício da segurança pública. Contudo, não se justifica manter a exceção tão somente aos delitos perpetrados na comarca sede do presídio, devendo-se estendê-la a toda a região abrangida. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA

[498] Sobre o tema, v. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2012; SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

> do possível, pois o sistema de freios e contrapesos assegura a independência e a harmonia referida no art. 2º da Constituição Federal e concretiza, nas situações autorizadoras, como no presente caso, a dignidade da pessoa humana, meta central da Carta Magna de promoção do bem-estar do homem.

No mesmo sentido, usa como paradigma o já analisado AgR no REsp 1.107.511, do Min. Herman Benjamin:

> 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. 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 Tratando-se de direito essencial, 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 da pessoa estatal.

Para a decisão, ainda que a liberdade do indivíduo seja afastada legalmente como resultado do processo criminal, tal aspecto não importa em abdicação da dignidade, pois atributo inerente a todo ser vivente racional. Diante da constatação pela Vigilância Sanitária da inadequação física e sanitária de habitabilidade do presídio, o acórdão entendeu correto, razoável e proporcional as portarias editadas pela autoridade judiciária.

4.2.2 AÇÕES INDIVIDUAIS

A ação individual selecionada no STJ foi instrumentalizada por ação ordinária, para tutelar direito estritamente individual.

4.2.2.1 Recurso Especial 1.488.639 SE (2014)

Partes envolvidas:	Silvana Maria x União
Data de julgamento:	20.11.2014
Relatoria do acórdão:	Herman Benjamin
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde - medicamento
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim,
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim

Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, trata-se de ação individual condenatória de paciente do SUS contra a União objetivando o fornecimento do medicamento injetável *Clexane* 60mg. A usuária estava grávida, sofrendo com gestação de risco, pois era vítima de trombose venosa aguda[499]. A medicação poderia oferecer condições mais seguras para o bebê.

A tutela antecipada foi concedida e a sentença julgou procedente o pedido. Com a apelação, a sentença foi mantida pelo TRF da 5ª Região[500]. Contra o acordão, a União interpôs recurso especial, alegando sua ilegitimidade, violação de dispositivos da Lei do SUS e do art. 265 do Código Civil[501], prazo exíguo para cumprimento da obrigação em razão da burocracia e ofensa à reserva do possível.

O acordão, conduzido pelo voto do Min. Herman Benjamin, negou provimento ao recurso. Quanto à legitimidade da União, o STJ firmou entendimento da responsabilidade

---

[499] Causada pela formação de coágulos (trombos) no interior das veias profundas. Na maior parte das vezes, o trombo se forma na panturrilha, ou batata da perna, mas pode também instalar-se nas coxas e, ocasionalmente, nos membros superiores. O desprendimento do coágulo pode provocar complicações a curto ou longo prazo. A curto prazo, ele pode deslocar-se até o pulmão e obstruir uma artéria. Esse episódio é chamado de embolia pulmonar e, conforme o tamanho do coágulo e a extensão da área comprometida, pode ser mortal. A longo prazo, o risco é a insuficiência venosa crônica ou síndrome pós-flebítica, que ocorre em virtude da destruição das válvulas situadas no interior das veias encarregadas de levar o sangue venoso de volta para o coração. Disponível em: https://drauziovarella.com.br/letras/t/trombose-venosa-profunda/

[500] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO. GESTANTE PORTADORA DE TROMBOSE AGUDA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO REJEITADA. 1.Trata-se de apelação e remessa obrigatória de sentença que julgou procedente o pleito autoral, confirmando os termos da tutela antecipada, para que seja fornecido a Sra. Silvânia Maria. Nascimento dos Santos o medicamento Clexane 60mg. 2.Sobre a ilegitimidade passiva "ad causam" da União, a jurisprudência pátria, capitaneada pelo e. STJ, manifesta-se em uníssono no sentido de reconhecer que a União, ao lado dos Estados e Municípios, é, parte legítima para figurar no pólo, passivo em ações em que se pleiteia o fornecimento de medicamento pelo SUS. 3. A Carta Constitucional de 1988 estatui, em seu art. 196, que 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. A prestação dos serviços inerentes - à saúde, assim como o fornecimento de medicamentos àqueles que não têm condições de adquiri-los sem comprometimento da sua subsistência é obrigação do Estado mediante cada um dos entes federativos. Portanto, nem os estados federados nem os municípios e a União podem se eximir de prestar, solidariamente, assistência médica àqueles que se mostram' carentes de recursos e que recorrem ao Sistema Público de Saúde clamando por tratamento. 4. Resta devidamente comprovada a necessidade emergencial da autora de uso do medicamento sob enfoque, que se mostra imprescindível ao seu tratamento, já que ela detém uma gestação de risco, sofre de trombose aguda em segmento ilíaco, femoral, pofliteo, gastrocnemías e soleares. A utilização desse remédio terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê. 5.Acerca dos honorários advocatícios, condena-se os demandados ao pagamento da verba honorária em R$ 500,00 (quinhentos reais). Preliminar de ilegitimidade passiva da União rejeitada. Apelação improvida. Remessa obrigatória parcialmente provida.

[501] Art. 265 do CC: A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

solidária de todos os entes públicos, dispensando o chamamento ao processo[502]. Por fim, o STJ também admitiu o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde[503]:

> 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. 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.

O mérito da causa, contudo, não foi fundamentado.

Para a ementa do acórdão, 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. O princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, não pode ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes.

Além disso, tratando-se de direito essencial, 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, especialmente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Ocorre que não houve essa fundamentação no corpo do voto.

Apesar da reserva do possível ter sido invocada pela União, o acórdão não a analisou, tampouco o mínimo existencial ou a razoabilidade de forma expressa.

---

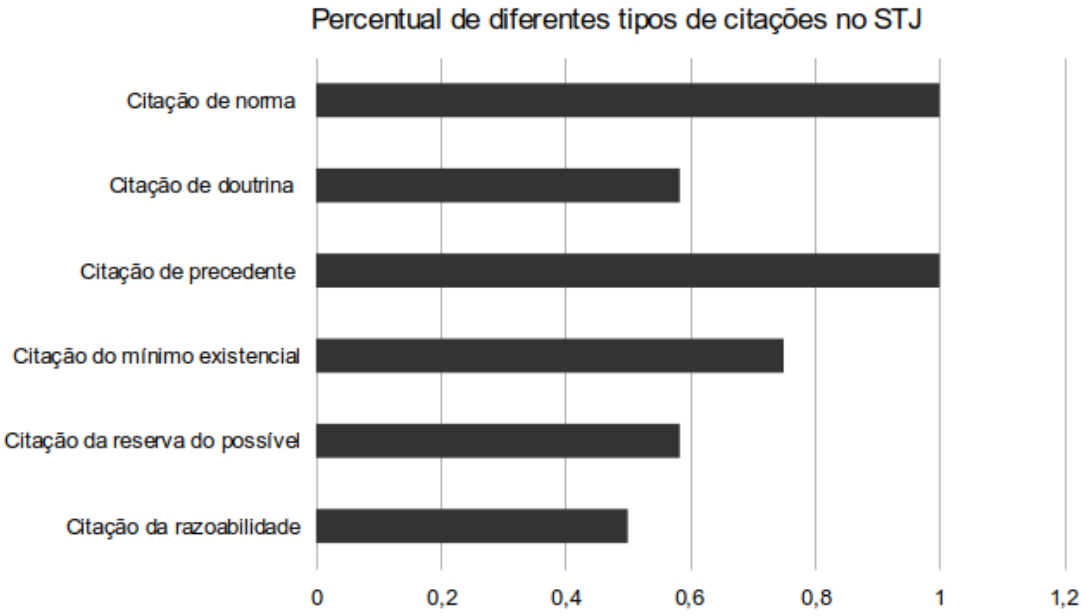
[502] Cita o AgRg no Ag 1424474/BA, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 22/08/2013, entre outros.
[503] Citou o AgRg nos EDcl no RMS 41.734/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24/02/2014.

4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

Dos 29 acórdãos resultantes da busca pelos termos selecionados, 18 foram excluídos, restando 11 julgados analisados com profundidade. A relatoria pertenceu a quatro ministros diferentes: Luiz Fux, Mauro Campbell, Herman Benjamin, Humberto Martins e Jorge Mussi.

Quanto ao tipo de política pública objeto dessas decisões, também resultou em um maior número em relação ao STF. Nesses acórdãos, foram debatidos: (i) direito à saúde (materializado em medicamentos, leitos e vagas em hospitais, e aquisição de equipamentos para hospitais); (ii) direito à educação infantil); (iii) direito à educação por meio de políticas afirmativas a minorias discriminadas; (iv) direito ao meio ambiente sadio, por meio da coletiva de lixo; (v) direito à prisão digna.

Segue gráfico contendo o número de citações de normas, doutrina, precedentes e dos conceitos estudados nas decisões do STJ, em termos percentuais, o que pode indicar seu nível de esforço argumentativo na fundamentação. Ressalta-se que em todas as decisões houve menção a precedentes e que nem sempre a citação do mínimo existencial vem acompanhada dos conceitos de reserva do possível e razoabilidade.



Quanto à posição do Tribunal em relação ao tema, observa-se a consolidação do seguinte entendimento: quando o não desenvolvimento de políticas públicas acarreta em grave vulneração a direitos e garantias fundamentais, é cabível a intervenção do Poder

Judiciário. Nesses casos, não é possível que o Poder Público invoque a discricionariedade administrativa[504].

Também não haveria ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a "concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador", sendo papel do Judiciário atuar como órgão controlador da atividade administrativa.

Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial[505], não existe empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, principalmente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Não haveria também ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei n. 4.320/64, que determinam a previsão orçamentária para a realização de obras, na medida em que o MP pediu que o Estado incluísse a referida previsão.

O Estado também não pode invocar a teoria da reserva do possível como defesa para se dispensar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. É certo que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais, mas a reserva do possível não poderia ser utilizada de forma indiscriminada.

O direito alemão teria construído essa no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Os direitos sociais prestacionais estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

---

[504] Outro caso digno de nota que não foi encontrado na busca da pesquisa é o REsp 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 03.06.2014 (Info 543). Nesse caso, o Ministério Público do Mato Grosso constatou inúmeras irregularidades em cadeia pública, como superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade, desrespeito à integridade física e moral dos detentos etc. Diante disso, propôs ação civil pública pedindo que o Estado: a) incluísse, no projeto de lei orçamentária, previsão orçamentária suficiente para a reforma da cadeia ou construção de uma nova unidade prisional; b) fosse condenado, ao final, a reformar a cadeia ou construir uma nova unidade prisional. Em contestação, a Procuradoria Geral do Estado refutou o pedido, apresentando três argumentos principais a) o pedido do MP para que o Poder Judiciário determine ao Estado a realização de obras públicas viola o princípio da separação dos poderes, considerando ser essa uma decisão discricionária da administração; b) o MP não pode fazer essa exigência porque não há disponibilidade orçamentária; c) o pedido viola o princípio da reserva do possível. Segundo o STJ, constatando-se aquelas irregularidades, deve ser julgada procedente a ação que objetiva obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, especialmente quando porque o réu não comprovou objetivamente a incapacidade econômico-financeira de fazer frente a essa despesa. A situação em análise revelou violação aos princípios da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e à garantia constitucional de que o Poder Público deverá respeitar a integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX, da CF).

[505] Especificamente sobre o mínimo existencial no STJ, v. CARVALHO, *O mínimo existencial*..., 2016, p. 132-136.

Ocorre que, para o STJ, não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para as condições do Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já disporiam de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não poderia exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, sendo inexigível da sociedade arcar com esse ônus.

No caso do Brasil, onde as condições mínimas para uma vida digna ainda não foram asseguradas para a maioria dos cidadãos, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência "minimamente decente" não pode ser encarado como supérfluo, isso porque garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro.

Nesses termos, o STJ conclui que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao mínimo existencial. Somente depois de atingido esse mínimo é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Dito isso, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.

Quanto à escassez de recursos analisada pelo STJ, convém analisar a SLS 1570 RS[506], de 2012, que não foi encontrada na busca dessa pesquisa, mas se acredita relevante mencioná-la[507].

Em ação individual promovida por paciente que pretendia a concessão de fármaco ao custo de R$ 42.000,00, diante de reiterados descumprimentos da decisão que concedeu o pedido, o Judiciário chegou a determinar o bloqueio das contas da Advocacia Geral da União para fazer frente à despesa, ficando aquele valor à disposição do autor. A decisão faz menção inclusive à tentativa de bloqueio de fundos nas contas do Ministério da Saúde e do Fundo Nacional de Saúde, que "surpreendentemente", estavam zeradas.

O Min. Relator Pargendler reconheceu o extremismo de sua decisão, mas admitiu que não deixaria de zelar pelos direitos do jurisdicionados e pela efetividade da decisão judicial. Considerou que a solução seria outro caso se a União apresentasse alternativas de cumprimento do julgado ou induzisse o Ministério da Saúde a fazê-lo.

Para Sabino, a decisão é paradigmática[508]; primeiro porque as contas bancárias do Ministério da Saúde estavam sem nenhum saldo:

---

[506] Min. Rel. Ari Pargendler, j. 09.05.2012

[507] Cf. SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 176-177.

[508] A jurisprudência consolidou-se no STJ no sentido de que o bloqueio de contas do Poder Público para fazer frente ao custeio judicial de medicamentos é viável (REsp 1.069.810 RS, Min. Rel. Napoleão Maia Filho,

> [...] Difícil imaginar que em maio de 2012, primeiro semestre do ano fiscal, a conta desse ministério estivesse sem fundos. Ou o sistema judiciário de bloqueio agiu equivocadamente, ou o Ministério estava manobrando para evitar o bloqueio em suas contas. A segunda hipótese pode ter colaborado para o teor da decisão judicial. Ela também confirmaria a panaceia que se tornou a judicialização das políticas públicas no Brasil, efeito da gravidade que circunda o tema.

Esse caso é um exemplo de quando um órgão público se vale de manobras típicas de devedores habituais, que dilapidam o patrimônio para fraudar a execução.

Mais um aspecto relevante da decisão seria a determinação de bloqueio sobre uma conta que nada tinha a ver com a despesa: a AGU representa a defesa judicial da União em seus três Poderes, inclusive o Judiciário. Questiona-se a decisão, preocupou-se com a efetividade do direito fundamental violado, ou se tratou de retaliação ao Executivo pelo descumprimento do comando judicial.

De toda forma, e dito tudo isso, conclui-se que o STJ, de maneira geral, segue o enunciado pela ADPF 45, pois reconhece a inaplicabilidade da teoria da reserva do possível sempre que sua invocação puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. O Tribunal também considera como mínimo existencial, o núcleo duro e essencial dos direitos fundamentais sociais, nos termos do PL 8.058/14. Aparentemente, as decisões mostram-se coesas entre si.

DJ 06.11.2013, em julgamento de recursos repetitivos). O inusitado da decisão é que ela determinou o bloqueio de contas da AGU, responsável pela representação judicial da União.

5 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJ-SP)

O Capítulo 5 trata dos julgados TJSP. No primeiro tópico, expõe o método de seleção das decisões; no segundo, sua análise; no terceiro, as conclusões alcançadas; e no quarto, na expectativa de trazer ao leitor contrapontos, apresenta outros estudos jurisprudenciais realizados especificamente sobre decisões não acobertadas na pesquisa desse autor.

5.1 SELEÇÃO

Em pesquisa no sistema eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, intitulado "Consulta de Jurisprudência", no campo "Ementa", utilizou-se como critério de busca as palavras "controle judicial de políticas públicas", sendo este o recorte de objeto adotado para a pesquisa[509]. Obteve-se o seguinte número de acórdãos: em 2014, 7; em 2013, 7; em 2012, 0; em 2011, 71; em 2010, 1; em 2009, 23; em 2008, 45; em 2007, 0; em 2006, 0; em 2005, 0; em 2004, 0; em 2003, 0; em 2002, 1; em 2001, 2; e em 2000, 1. Não se obteve nenhuma decisão anterior a 2000.

Diante da ausência de tempo hábil, optou-se por analisar as decisões de 2013 e 2014. Com a exclusão de 4 casos[510], serão analisados 10 acórdãos no TJSP (71,4%).

Quanto a decisões monocráticas, só constaram 2, com os mesmos termos utilizados no campo "ementa", o que demonstra, talvez, ou a falta de uso do expediente do art. 557 do CPC/73 nesse tema[512], ou a falta de catalogação dessas decisões no banco de jurisprudência, ou ausência de ementa dessas decisões, ou as decisões que versem sobre o tema não utilizem esses termos na ementa.

Justifica-se não se ter utilizados outros critérios nessa investigação.

Se utilizadas as mesmas palavras, "controle judicial de políticas públicas", no campo "pesquisa livre", obtivera-se, em, e 30.824 acórdãos e 7.973 decisões monocráticas.

---

[509] Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 6 mar. 2015.

[510] Acórdãos já excluídos por não se referir ao controle judicial de políticas públicas: Apelação nº 0017275-51.2008.8.26.0302, Apelação nº 0002906-36.2013.8.26.0283, Apelação nº0031217-82.2012.8.26.0053, Apelação nº 0011484-33.2012.8.26.0053.

[512] Ao contrário do TJ-RS, como se procurará demonstrar no Capítulo 6.

Caso utilizada a expressão “mínimo existencial”, no campo “pesquisa livre”, resultaria em 5.144 acórdãos e 2.274 decisões monocráticas. Caso utilizada a expressão “mínimo existencial” no campo “ementa”, seriam 78 acórdãos e 4 decisões monocráticas.

Caso utilizada a expressão “reserva do possível” em “pesquisa livre”, teríamos 70.047 acórdãos e 9.670 decisões monocráticas. Caso utilizada a mesma expressão em “ementa”, seriam 3.010 acórdãos e 623 decisões monocráticas.

Caso utilizadas as expressões “mínimo existencial” e “reserva do possível” em “pesquisa livre”, resultaria em 2.573 acórdãos e 2.049 decisões monocráticas. Caso utilizadas em “ementa”, teríamos 408 acórdãos e nenhuma decisão monocrática.

Caso utilizadas as expressões “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “razoabilidade” em “pesquisa livre”, resultaria em 1.102 acórdãos e 858 decisões monocráticas. No campo “ementa”, teríamos 1 acórdão e nenhuma decisão monocrática.

Caso utilizadas expressões, “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “razoabilidade” e “controle judicial de políticas públicas” em pesquisa livre, o resultado seria 547 acórdãos e 614 decisões monocráticas. Em “ementa”, resultou em nenhum acórdão e nenhuma decisão monocrática.

5.2 ANÁLISE

Este tópico traz a análise dos acórdãos selecionados no TJ-SP. Preferiu-se dividir os subtópicos em ações em coletivas e individuais. Sem ambição estatística, foi uma forma de avaliar por meio de qual instrumento processual a discussão chegou ao Tribunal.

5.2.1 5.2.1 AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas vêm essencialmente na forma de ação civil pública. Lembrando que algumas discutem direitos, de fato, coletivos em sentido amplo; enquanto outras buscam tutelar direito individual pelo instrumento coletivo.

5.2.1.1 Apelação 0001463-85.2004.8.26.0244 (2013)

Partes envolvidas:	MP-SP x Estado de São Paulo
Data de julgamento:	07.08.2013
Relatoria do acórdão:	João Carlos Garcia
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública

Resultado do julgamento:	Negado provimento, por unanimidade
Política pública em questão:	Dignidade do preso
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Por meio de ação civil pública, o MP-SP demandou a proibição do Estado de São Paulo em recolher presos condenados definitivamente na *cadeia pública* de Iguape[513], além da proibição de recolhimento de presos provisórios acima de capacidade de 36 detentos, sob a pena de multa diária de R$ 1.000,00. A sentença foi de procedência.

A apelação do Estado argumentou, para além da incompetência do juiz da causa e inaplicabilidade da multa, a violação da independência dos poderes e da reserva do possível. A sentença também seria ineficaz, pois a determinação implicaria na transferência dos presos a outras unidades prisionais, o que não amenizaria o problema amplo de superlotação.

O acórdão, conduzido pelo voto relator, nega provimento ao recurso. Para a decisão, o Estado Social adotado pela Constituição de 1988 contrapõe-se ao Estado Liberal, autoriza e obriga os três poderes a prestações positivas. A problemática da colisão dos conceitos de mínimo existencial e de reserva do possível é ressaltada, pois a alegação da escassez de recursos não pode autorizar a violação da dignidade dos presos.

Diante da inexistência de planejamento adequado no curto prazo para encaminhar o problema da superlotação (a Administração apenas falou em construção de presídios no médio prazo), o acórdão entende que cabe ao Judiciário controlar a política pública em questão.

5.2.1.2 Apelação 0004177-43.2003.8.26.0053 (2013)

Partes envolvidas:	MP-SP x Estado de São Paulo e CETESB
Data de julgamento:	20.06.2013
Relatoria do acórdão:	Torres de Carvalho
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Meio ambiente
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim

[513] Pelo art. 102 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), a cadeia pública destina-se ao recolhimento apenas dos presos provisórios.

Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, trata-se de ação civil pública de autoria do MP-SP visando à recuperação da qualidade das águas da bacia Piracicaba-Capivari-Jundiaí. A sentença foi de procedência, condenado o Estado de São Paulo e a CETESB à reversão da situação, sob pena de multa diária de 50 salários mínimos.

Veio a apelação, com fundamento na já estabelecida atuação da União, do Estado e dos municípios envolvidos em sentido convergente com o pedido do MP. Já havia programas em andamento e investimentos para garantia da qualidade das águas da bacia hidrográfica.

O relator aponta que é possível a intervenção judicial na condução das políticas públicas, desde que aconteça de maneira *limitada* e em *situações excepcionais*. O desafio seria, portanto, em coordenar a convivência harmônica entre os Poderes da República. Nesse sentido, a ADPF 45 é mencionada, mas, a *contrário sensu*, para concluir que a intervenção judicial só é justificada quando houver irrazoabilidade ou atuação intencional em neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais por parte da Administração Pública.

O voto condutor identifica a atuação do Poder Público em relação à poluição ambiental, fato ainda reconhecido pelo MP em termo de ajustamento de conduta. Por esses motivos, não haveria omissão irrazoável da Administração no cumprimento de direitos fundamentais.

O acórdão dá provimento à apelação para julgar improcedente o pedido, apesar do voto vencido do desembargador João Negrini Filho, que manteria a sentença pelos seus próprios fundamentos.

5.2.1.3 Apelação 0011484-33.2012.8.26.0053 (2013)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de São Paulo
Data de julgamento:	27.06.2013
Relatoria do acórdão:	Paulo Ayrosa
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Negado provimento, por unanimidade,
Política pública em questão:	Meio ambiente - animais abandonados
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Não
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não

Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, o MP-SP, por meio de ação civil pública, buscou condenar o Município de São Paulo a estabelecer uma política pública de resgate e tratamento de animais abandonados, especialmente cães e gatos, diante de sua omissão administrativa.

A sentença extinguiu o feito sem resolução do mérito, com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido, visto que a pretensão constituiria intervenção indevida nas políticas públicas municipais, com respectiva criação de despesas não previstas e ofensa à discricionariedade da Administração.

Veio a apelação do MP, alegando nulidade da sentença por violação do princípio do juiz natural, uma vez que a ação foi julgada por magistrado designado. No mérito, argumentou que o pedido é juridicamente possível com fundamento no art. 225 §1º, VII, da CF[514]; na Declaração Universal de Direito dos Animais de 1978; na Lei Estadual de Proteção aos Animais (Lei Estadual nº 11.977/05)[515]; e na Lei Municipal n. 13.131/01[516].

Além disso, a negligência no cuidado dos animais já teria sido constatada pela Secretaria Municipal de Saúde. Dessa forma, a alegação da separação dos poderes e a discricionariedade administrativa não seriam justificativas para a omissão inconstitucional.

O acórdão, conduzido pelo voto do relator, negou provimento ao recurso. Repeliu o argumento da violação do princípio do juiz natural por existência de previsão legal para a designação de juízes para auxílio de outras comarcas.

Quanto ao mérito, considerou que a previsão constitucional que obriga o Poder Público a prestar esforços na proteção animal tem a finalidade de proteger o meio ambiente, a fauna e a flora; não a proteção de animais urbanos abandonados. A decisão também aponta que a lei estadual e a municipal mencionadas não obrigam o Município aos cuidados de animais domésticos, e sim seus proprietários.

---

[514] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

[515] Código de Proteção aos Animais do Estado. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11977-25.08.2005.html>.
Ao contrário da decisão, o art. 11 determina que "Os Municípios do Estado devem manter programas permanentes de controle de zoonoses, através de vacinação e controle de reprodução de cães e gatos, ambos acompanhados de ações educativas para propriedade ou guarda responsável".

[516] Disciplina a criação, propriedade, posse, guarda, uso e transporte de cães e gatos no Município de São Paulo. Disponível em: <http://www.robertotripoli.com.br/wp-content/uploads/2008/11/lei_13131-01.pdf>. De fato, a lei municipal estabelece obrigações aos proprietários, como o registro, multa em caso de abandono, etc.

Nesse caso, o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade não são sequer mencionados. Acredita-se que nos casos ambientais em que não está em jogo direitos urgentes e imediatos da pessoa humana, o conceito de mínimo existencial não é utilizado, apesar de o autor dessa dissertação entender pela possibilidade da correlação.

5.2.1.4 Apelação 0002396-84.2012.8.26.0274 (2014)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Itápolis
Data de julgamento:	11.03.2014
Relatoria do acórdão:	Luís Francisco Aguilar Cortez
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Segurança no trânsito
Citação de norma nos votos analisados:	Não
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Não
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Por meio de ação civil pública, o MP-SP demandou contra o Município de Itápolis, com a finalidade de obrigar a Administração a promover as obras necessárias para a adequada utilização da Rodovia Arlindo Bento Romanini[517]. A rodovia contava com sinalização precária e nenhuma poda de vegetação em áreas marginais. A intenção do MP era evitar a obstrução dos sinais de trânsito, a ocorrência de incêndios e garantir a segurança no trânsito.

A sentença foi de improcedência, motivando a apelação em que o MP argumentou que, diante da negligência administrativa, a vulneração do direito à segurança no trânsito é manifesta e intolerável. Cabível, portanto, a intervenção judicial, que não ofenderia à discricionariedade administrativa, levando em conta os deveres legais impostos pelo Código de Trânsito Brasileiro e pela legislação extravagante.

O acórdão, conduzido pelo voto relator, deu parcial provimento ao recurso. O relator admitiu a existência de limites à interferência judicial no campo de atuação da Administração Pública, especialmente baseados pela disponibilidade de recursos financeiros e de previsão orçamentária. Dessa forma, os direitos sociais teriam natural limite na reserva do possível.

[517] A rodovia liga Itápolis a Tabatinga, no interior do Estado, próximas a Ibitinga.

Todavia, a questão trazida pelo MP não diria respeito à formulação de políticas públicas, mas, sim, à segurança do serviço e dos equipamentos públicos já oferecidos à população. Uma determinação no sentido do pedido do MP seria a determinação de cumprimento de norma já existente.

Decidiu-se pelo retorno dos autos à vara de origem para abertura de dilação probatória, com fim de apuração do grau de segurança da rodovia.

5.2.1.5 Apelação 9107026-26.2008.8.26.0000 (2014)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Marília
Data de julgamento:	27.05.2014
Relatoria do acórdão:	Ricardo Dip
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Meio ambiente – obras contra erosão
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

O MP-SP propôs ação civil pública objetivando obrigar o Município de Marília a construir galerias pluviais, rede coletora de esgoto, drenagem das águas do lençol freático, bem como outras medidas a fim de evitar e reparar a erosão causada em determinadas ruas da cidade. A sentença foi de procedência. O Município interpôs apelação.

O acordão negou provimento ao recurso. O relator aponta que a necessidade das medidas requeridas pelo Ministério Público é incontroversa, pois o Município já havia iniciado o processo licitatório de construção, entretanto, sem o devido desenvolvimento.

Sobre a possibilidade do controle judicial de políticas públicas, o voto ressalta que "o exercício de poderes administrativos se limita por motivos determinantes e pelo fim com que se praticam ou se omitem"[518]. A intervenção judicial é autorizada diante da violação de direitos fundamentais[519] e em face de omissão ou atuação administrativa injustificada, "porque nelas se apontariam defeitos de motivação ou de finalidade".

[518] Neste trecho, a seguinte referência bibliográfica é citada: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha (1908-1980). *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 1969, p. 387-97.

[519] Neste trecho, a seguinte referência é feita: DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá. 2007, p. 385-397.

Como o direito ao meio ambiente equilibrado é direito fundamental (art. 225, CF), o controle judicial não ofenderia à discricionariedade[520], visto que os pedidos do MP não conteriam imposições de fórmulas para a realização das obras. A ação civil pública visava apenas compelir a Administração a cumprir as obras já julgadas como necessárias por ela própria.

Vê-se que os conceitos de mínimo existencial e reserva do possível não são mencionados expressamente no julgado, mas implicitamente o relator entende que eventual escassez de recursos da Administração não pode ser óbice à concretização dos direitos fundamentais, considerando a razoabilidade do pedido do MP.

5.2.1.6 Apelação 0322596-90.2009.8.26.0000 (2014)

Partes envolvidas:	Defensoria Pública do Estado de São Paulo x Município de São Paulo
Data de julgamento:	21.07.2014
Relatoria do acórdão:	Paulo Barcellos Gatti
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido parcialmente, por unanimidade
Política pública em questão:	Meio ambiente / direito à moradia
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Não
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Trata-se de ação civil pública promovida pela Defensoria Pública de São Paulo contra o Município de São Paulo. A DPESP alega que o Município teria ordenado a desocupação e demolido moradias construídas de modo irregular, sem respeitar critérios de adequação e proporcionalidade do devido processo legal; já que não há política pública de habitação suficiente para remanejar essas pessoas, o que desrespeita o núcleo essencial do direito à moradia. Para a Defensoria, a regularização fundiária seria o caminho juridicamente adequado, ou, ao menos, a inscrição dos moradores em programas de desenvolvimento urbano. A sentença foi de improcedência, pois não viu ilegalidade na ação administrativa. O deferimento do pedido violaria a discricionariedade, e a inscrição requerida demanda a anuência dos interessados, como se contrato fosse.

Veio a apelação da DPE.

[520] Cita a ADI 4029, STF, Min. Rel. Luiz Fux.

Para a Administração Municipal, o poder de polícia permitiria as ações, acrescentando-se que o direito à moradia exercido por meio de ocupações irregulares não poderia prevalecer sobre "o direito de usufruir de um meio ambiente natural e urbano ecologicamente equilibrado e saudável".

No acordão, o voto relator afirma que controvérsia central do caso consiste na averiguação da possibilidade de o Município intervir, independentemente do aval do Judiciário, em parcelamentos irregulares e determinar desocupações.

Para a decisão, o poder de polícia administrativa[521] é exercida pelo Executivo com caráter preventivo e pelo Judiciário com caráter repressivo. A Administração Pública tem a prerrogativa constitucional de limitar a liberdade e propriedade individual, fundada no princípio da predominância do interesse[522], "havendo legitimidade privativa ou concorrente, dependendo da competência legiferante sobre a matéria correlata"[523].

O voto ressalta que a Constituição estabelece como competência comum da União, Estados e Municípios a conservação do patrimônio público e a proteção do meio ambiente (art. 23, I e VI). Caberia especificamente aos municípios a promoção do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30 CF). Dessa forma, os atos administrativos não sofreriam de ilegalidade. Em verdade, tiveram como finalidade uniformizar o procedimento fiscalizatório das ocupações e dos parcelamentos irregulares e clandestinos no Município, cumprindo o comando constitucional, até porque se verificou que na área localiza-se Área de Preservação Permanente (APP).

Em que pese o direito à moradia dos ocupantes nas construções irregulares, deve prevalecer direito ao meio ambiente equilibrado[524]. Também não é possível obrigar a Administração a inscrever os moradores em programas sociais, pelos fundamentos da sentença.

O acordão ressaltou que o Judiciário só poderia interferir na efetivação de políticas públicas no caso de inércia do Executivo ou para suprir omissão legislativa que obste a atuação da Administração.

Por fim, o recurso foi parcialmente provido, somente para afastar a condenação da DPE aos ônus de sucumbência, de acordo com a Lei 7.347/85[525].

---

[521] Cita o jurista francês Jean Rivero (1910-2001) como criador do termo "polícia administrativa", mas sem nenhuma referência a obra em particular.

[522] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 11.

[523] CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo* (1997). 26. ed., São Paulo: Atlas, 2013, pp. 78-79.

[524] Neste trecho o relator faz menção à ideia de "cidade sustentável" e à Lei Federal 6.766/79, que veda o parcelamento do solo em área de preservação ambiental.

[525] Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

5.2.1.7 Apelação 0027822-19.2011.8.26.0344 (2014)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Marília e Estado de SP
Data de julgamento:	11.08.2014
Relatoria do acórdão:	Moacir Peres
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Segurança no trânsito
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, por meio de ação civil pública, o MP-SP requereu a condenação do Município de Marília e do Estado de São Paulo para dar cumprimento ao convênio firmado entre os entes públicos para segurança e ordenação do trânsito da cidade (manutenção de quadro de policiais militares, etc.). A sentença foi de parcial procedência.

Vieram as apelações das Fazendas Estadual e Municipal.

A Administração do Estado argumentou a inexistência de dano no caso concreto, pois a sentença amparou-se em dados não oficiais. O controle judicial dos atos administrativos também deve-se limitar à análise de legalidade, não podendo se imiscuir nos critérios administrativos de conveniência e oportunidade.

O Município de Marília argumentou pela inépcia da inicial, uma vez que o MP não especificou qual regra do convênio teria sido descumprida, alegando ainda que providência é de competência estadual, com sua consequente ilegitimidade passiva. Alegou, também, incompetência territorial em razão de cláusula de eleição de foro do convênio, e impossibilidade jurídica do pedido, porque o MP também pede a declaração de inconstitucionalidade incidental de lei municipal.

O voto relator aponta que a inicial não é inepta, havendo pedido certo e determinado, além de afirmar a legitimidade do Município, que é responsável pela obrigação. Não há impossibilidade jurídica no pedido, em razão do controle difuso de constitucionalidade.

No mérito, ressalta que os entes demandados não têm desempenhado devidamente suas funções legais, fato comprovado pelos policiais militares e pela sentença. Diante disso,

tem-se hipótese que permite a intervenção judicial[526]. O acordão também confirma a possibilidade de fixação de multa cominatória contra pessoas jurídicas de direito público[527].

Negou-se provimento aos recursos.

5.2.1.8 Apelação 0043012-21.2011.8.26.0506 (2014)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Ribeirão Preto
Data de julgamento:	02.09.2014
Relatoria do acórdão:	Ricardo Dip
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade
Política pública em questão:	Meio ambiente – obras contra enchentes
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim, indiretamente
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, o MPSP propôs ação civil pública com pedido para obrigar o Município de Ribeirão Preto a inserir no Projeto de Lei Orçamentária Anual, verba destinada à construção de obras de galerias pluviais na Lei Orçamentária Anual seguinte. A sentença foi de improcedência, baseando-se impossibilidade de interferência judicial na valoração da conveniência ou da oportunidade da realização dessas obras.

Veio a apelação do MP. O acordão negou provimento ao recurso, por unanimidade.

O voto do relator salienta que o conjunto probatório presente nos autos demonstra que já teriam sido realizadas obras para minimizar efeitos das enchentes na cidade.

O problema central seria da discricionariedade administrativa, que consistiria na tensão entre questões de várias naturezas, sendo o papel do gestor de balancear os elementos sociais, políticos e econômicos envolvidos ao tomar as decisões de *como* cumprir a política pública.

No caso, a obrigação do Poder Público tem natureza de competência discricionária (em contraposição à competência vinculada), uma vez que as normas concernentes à matéria não estabeleciam um prazo para o cumprimento das obras. Diante disso, o relator sublinha que o Judiciário só poderia interferir na conveniência e oportunidade da política pública em dois casos: (i) violação de direitos fundamentais pela Administração e (ii) existência de

[526] Menciona a Apelação n. 9219287-65.2007.8.26.0000.
[527] AI n. 243.592-5/1, Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rui Stoco, j. 28.08.01.

razões invalidantes da omissão ou atuação administrativa. No entendimento do acórdão, não haveria no caso concreto nenhuma dessas situações aptas a autorizar a intervenção judicial.

Esse é um dos raros casos da pesquisa que o Judiciário decidiu por não intervir na política pública, privilegiando a autocontenção.

5.2.2 AÇÕES INDIVIDUAIS

As ações individuais são instrumentalizadas essencialmente por ação ordinária ou mandado de segurança, para tutelar direito estritamente individual. Não se encontrou nenhuma ação individual com pedido amplo o suficiente para ter efeitos coletivos.

5.2.2.1 Apelação 0009720-57.2012.8.26.0038 (2013)

Partes envolvidas:	Plácido Buzolin x Município de Araras
Data de julgamento:	03.09.2013
Relatoria do acórdão:	Cláudio Augusto Pedrassi
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual – mandado de segurança
Resultado do julgamento:	Parcialmente provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde – medicamento não constante em lista
Citação de norma nos votos analisados:	Sim. CF 196,
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim.
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado pelo paciente Plácido Buzolin para garantir o fornecimento de medicamento de alto custo. Foi concedida a ordem, obrigando a rede municipal de saúde fornecer o necessário, sob pena de multa diária de R$500,00. O recurso de apelação interposto pelo Município argumentou preliminarmente, por nulidade processual pela violação à Lei n. 12.016/09 e da Súmula 631 do STF[528]. Também alegou a nulidade da sentença por falta de fundamentação. No mérito, defendeu a inexistência de documentos probatórios do direito subjetivo do autor e falta de comprovação ineficiência dos remédios oferecidos pelo SUS.

[528] S. 631/STF: Extingue-se o processo de mandado de segurança se o impetrante não promove, no prazo assinado, a citação do litisconsorte passivo necessário.

O TJ considerou as provas da necessidade dos medicamentos suficientes, apontando que a competência para determinação do medicamento necessário é somente do médico que acompanha o paciente[529]. Não caberia, portanto, a administração pública questionar a escolha ou necessidade dos medicamentos.

Ainda salientou que medicamentos necessários ao controle da doença devem ser entregues, ainda que não componham as listas do SUS, pois elas devem servir somente como padronização do atendimento da Administração, bem como para facilitação para aquisição de medicamentos. Não trata, pois, de pressuposto para obtenção de medicamentos, mas de mecanismo de priorização da Administração Pública.

O acordão então afasta a reserva do possível sob o argumento de que o gasto com medicamento "trata de política pública implantada e em funcionamento, pressupondo-se que esteja contemplada nas leis orçamentárias", e que o Estado não poderia deixar de dar cumprimento às normas constitucionais.

5.2.2.2 Apelação 0001897-29.2012.8.26.0136 (2014)

Partes envolvidas:	Áurea Ribeiro Gonçalves x Município de Cerqueira César
Data de julgamento:	16.12.2014
Relatoria do acórdão:	José Luiz Germano
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual
Resultado do julgamento:	Parcialmente provido, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde – tratamento psiquiátrico
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Não, cita súmula do TJ-SP
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, Áurea Gonçalves propôs ação de obrigação de fazer para compelir o Município de Cerqueira César no oferecimento de a Prefeitura Municipal a oferecer vaga para internação do filho dependente químico em clínica de reabilitação. A sentença foi de parcial procedência para condenar o Município a providenciar a ação a internação voluntária do paciente, no prazo de 5 dias, sob pena de multa

[529] Cita a Resolução n. 1246 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre o Código de Ética Médica. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/library/modulos/legislacao/versao_impressao.php?id=2940>

Veio a apelação. A administração municipal alegou (i) ilegitimidade passiva do Município; (ii) violação à separação dos poderes; (iii) violação aos princípios da isonomia e da legalidade; (iv) ausência de comprovação dos requisitos legais para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela e (v) desproporcionalidade na condenação ao pagamento das multas diárias.

O acordão é de parcial provimento, para reduzir a multa para R$ 200,00 e corrigir a parte dispositiva da sentença, pois a internação seria de forma voluntária, não compulsória.

No voto condutor do relator, afasta-se o argumento de ilegitimidade passiva, com fundamento nos arts.23, II e 198, §2º da Constituição Federal, além da Súmula 37 do TJSP, que estabelece a competência comum dos três entes federativos para a promoção do direito à saúde.

O argumento de violação ao princípio de separação dos poderes também é rebatido, pois seria dever do Judiciário zelar pelos direitos fundamentais frente às ações e omissões dos demais poderes. A hipossuficiência da autora, combinada com a comprovação, por meio de perícia, da dependência química de seu filho, seriam suficientes para autorizar a intervenção judicial na política pública em questão.

5.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

O estudo dos julgados do TJ-SP mostrou-se diferente em relação aos tribunais superiores.

Primeiro porque em muitas decisões os conceitos de mínimo existencial[530], reserva do possível e razoabilidade sequer foram citados. Outros temas do controle judicial de políticas públicas, como a separação dos poderes e a discricionariedade administrativa foram muito mais debatidos. Dessa forma, se os conceitos já não eram exauridos nas instâncias superiores, foram muito menos no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Da mesma forma, a utilização dos conceitos teóricos em conjunto com os fatos não foi feita de maneira suficiente para garantir o esclarecimento necessário. Entende-se que a fundamentação poderia ser mais aprofundada, com a finalidade de garantir o aperfeiçoamento dos precedentes e da segurança jurídica.

---

[530] Especificamente sobre o mínimo existencial no TJSP, v. CARVALHO, *O mínimo existencial*..., 2016, p. 124-129.

Se, de um lado, os tribunais superiores muito debatiam os conceitos doutrinários sem aplicá-los aos fatos; de outro, o TJ-SP talvez exagere na concisão, inclusive na teórica, criando espaços de omissão na fundamentação das decisões.

Ressalta-se que a jurisprudência do Tribunal de São Paulo levou à formulação de súmulas pelo Órgão Especial[531] em relação ao controle judicial de políticas públicas[532]:

a) Súmula 29: Inadmissível denunciação da lide ou chamamento ao processo na ação que visa ao fornecimento de medicamentos ou insumos.
b) Súmula 63: É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território.
c) Súmula 64: O direito da criança ou do adolescente a vaga em unidade educacional é amparável por mandado de segurança.
d) Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes.
e) Súmula 66: A responsabilidade para proporcionar meios visando garantir o direito à saúde da criança ou do adolescente é solidária entre Estado e Município.
f) Súmula 67: Não se admite denunciação da lide em relação à União tratando-se de ações relacionadas ao fornecimento de medicamentos e insumos de competência da Justiça da Infância e da Juventude.
g) Súmula 68: Compete ao Juízo da Infância e da Juventude julgar as causas em que se discutem direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, ainda que pessoa jurídica de direito público figure no polo passivo da demanda.

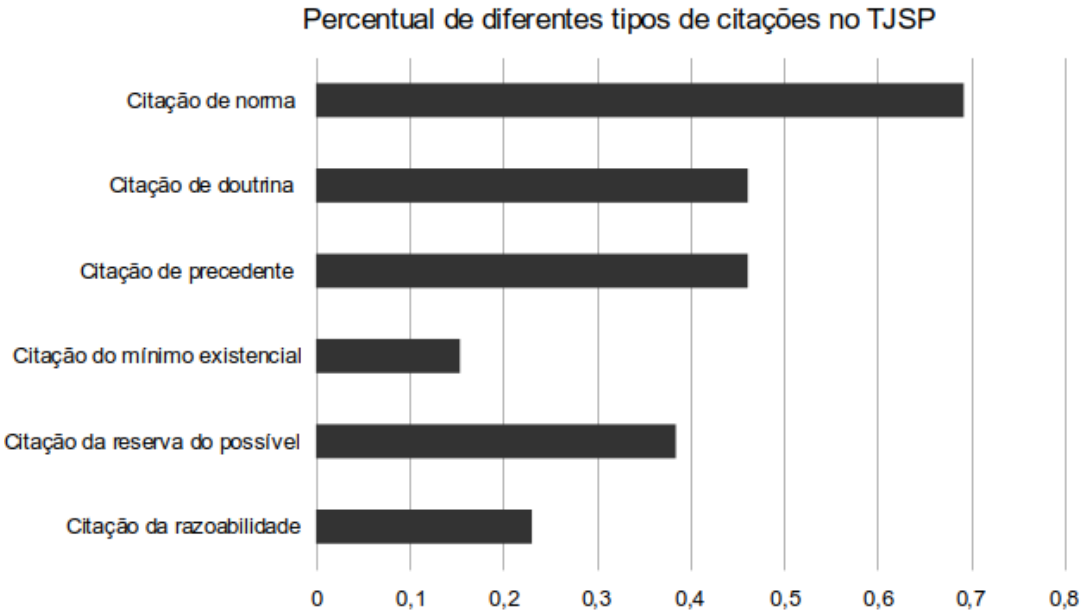
Vê-se que as Súmulas 63 e 65 tendem a fulminar com facilidade eventuais teses defensivas da Administração, já que estabelecem *a priori* a vaga educacional, ou o

---

[531] Autorização de criação de súmulas prevista no art. 188, §§ 3º e 4º, do Regimento Interno do TJSP.
[532] DJ em 14.04.2011. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/secaodireitoprivado/sumulas.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015

fornecimento de medicamentos, como pedidos razoáveis, e a sua não concessão, pela Administração, como irrazoável. É possível que o TJ-SP tenha entendido, também *a priori*, que as omissões do Poder Público nesse aspecto tratam-se de violação ao mínimo existencial, e qualquer alegação de reserva do possível não poderia ser considerada.

Segue gráfico contendo o número de citações de normas, doutrina, precedentes e dos conceitos estudados nas decisões do TJSP, em termos percentuais, o que pode indicar seu nível de esforço argumentativo na fundamentação. Como se vê, os conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade foram muito pouco utilizados nas decisões analisadas. De forma semelhante, a citação de doutrina e precedentes. Até a norma jurídica não foi citada em algumas decisões.



Convém mencionar que outras pesquisas sobre a jurisprudência do Tribunal de São Paulo em relação à judicialização de políticas públicas já foram feitas, embora com enfoques diferentes.

Marco Sabino, por exemplo, examinou acórdãos do TJ-SP em junho de 2013[533]. Notou que todos aqueles investigados decidiram recursos contra sentenças de procedência que concediam as providências de saúde aos autores. Os acórdãos confirmaram todas as sentenças. Mesmo o Estado argumentado pela impossibilidade financeira, inexistência dos

[533] SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 171-175.

medicamentos requeridos nas listas obrigatórias[534] e ilegitimidade passiva para causa, a Corte ignorou tais exceções. O pesquisador nota que há tendência à repetição de argumentos, sendo muitos julgados idênticos, revelando pouca flexibilidade do órgão judicial na análise do caso concreto.

Como método de investigação, a pesquisa de Sabino usou como amostra os julgamentos do tribunal empregando os termos "medicamento e dignidade da pessoa humana e Estado e Poder Público". Filtrando assuntos não relacionados ao tema, chegou a 240 acórdãos[535]. Apenas 1 não concedeu o medicamento pleiteado. Os outros 239 (99,59%) entenderam que a vida é um bem maior, que se sobrepõe a qualquer defesa articulada pelo Poder Público.

Marco Sabino observa que a quase totalidade dos julgados observa a lógica do argumento linear. A primeira premissa desse argumento é que há uma omissão executiva na consecução da política de saúde. A segunda é que essa omissão se refere a um direito fundamental constitucional, e saúde é fundamental para vida digna. A terceira é que o Judiciário é responsável por corrigir omissões inconstitucionais, e saúde deve ser garantida, não importa quais oposições, daí a conclusão automática que o Executivo deve ser condenado a sanar a omissão.

O argumento linear baseia-se naquilo que o filósofo do Direito americano Ronald Dworkin (1931-2013) chama de *rescue principle*[536]. Nesse entendimento, vida e saúde seriam os principais de todos os bens: todo o resto seria de menor importância, devendo ser sacrificado em virtude dos outros dois. Dworkin aponta que isso é um erro, sobretudo por uma simplificação do que cada um considera como principal em sua vida.

---

[534] Na Apel. 0007640-67.2011.8.26.0358, Rel. Marrey Uint, j. 25.06.2013, entendeu-se que a presença do produto nas listas obrigatórias faz parte de "providências burocráticas" que "não elidem a obrigação". O mesmo relator, na Apel. 9000296-06.2010.8.26.0348, j. 25.06.201, entendeu que a falta de medicamento na listagem era "absolutamente irrelevante". Já a Apel. 0014453-97.2010.8.26.0309, Rel. Jarbas Gomes, j. 19.06.2013, entendeu que a falta de contemplação do medicamente na listagem obrigatória não trazia qualquer consequência ao administrador caso ele fosse obrigado a adquiri-lo, pois se trataria de uma clara hipótese de dispensa de licitação.

[535] Entre os julgados: a) Apel. 000381-55.2009.8.26.0663, j. 24.06.2013; b) 0031161-83.2011.8.26.0053, j. 06.07.2013; c) Apel. 0017293-60.2010.8.26.0348; d) Apel. 9000296-06.2010.8.26.0348, j. 25.06.2013; e) Apel. 0004751-80.2011.8.26.0573, j. 06.07.2013; f) Apel. 0006237-30.2011.8.26.0272; g) Apel. 0019291-76.2012.8.26.0224; h) Apel. 0028063-56.2012.8.26.0053; i) 0012890-69.2012.8.26.0286; j) Apel. 0025164-85.2012.8.26.0053; k) 0050171-56.2009.8.26.0224; n) Apel. 0001893-78.2011.8.26.0248; o) Reexame Necessário 0002132-79.2012.8.26.0076; p) Reexame Necessário 0003383-51.2012.8.26.0394; q) Reexame Necessário 0001632-19.2011.8.26.0441. Em todos os casos, os relatores agiram do mesmo modo, julgando em uma mesma sessão diversos casos relacionados à saúde, alternando-se apenas a medidas ou medicamento buscado, mas sempre os concedendo com base no direito à saúde e na dignidade da vida humana.

[536] DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*: The theory and practice of equality: London: Harvard University Press, 2000, p. 309-310.

Para Sabino, o argumento linear é pernicioso, por desconsiderar a extensa teorização do tema, principalmente pela ausência de preparo do Judiciário na sindicância de bens típicos de políticas públicas. Os julgados do TJSP confirmariam a hipótese.

Outra iniciativa tomada pelo TJSP que convém expor em termos de políticas públicas é o caso das creches em São Paulo[537]. É mais que uma decisão específica. Trata-se de um verdadeiro *modus operandi* do tribunal para julgar uma ação coletiva. Nesse caso, a Corte Bandeirante convocou audiência pública para tratar do déficit de vagas em creches municipais. O objetivo era encontrar um consenso para resolver o problema que terminara em milhares de ações judiciais.

Nos primeiros meses de 2013, mais de 7 mil crianças conseguiram vagas por ordem judicial. A primeira fase da audiência, que ouviu representantes da Prefeitura, da sociedade civil, da Defensoria Pública e do Ministério Público, não resultou em acordo[538], tendo sido agenda nova roda de negociações[539], que também restou infrutífera. Diante disso, por decisão da Câmara Especial do TJ, o Município foi condenado para, dentro de 3 anos, criar 150 mil vagas nas creches e pré-escolas da Capital, sendo que metade das vagas deverá ser criada em 18 meses[540].

Sabino avalia positivamente a atuação do Judiciário, que se tornou cogestor de políticas públicas e avocou para si a tarefa de promover uma solução consensual, fundamental na implementação de bens sociais.

Outro trabalho digno de nota em relação ao TJSP é o de Duran[541], sobre a efetividade das ações coletivas e individuais para postular medicamentos para tratamento da AIDS. A autora verificou que as decisões concessivas (93%) consideravam a saúde direito individual, contra 5% que a tinha como direito coletivo. Já nos casos de não concessão, o percentual dos magistrados que entendia ser a saúde um bem coletivo subia para 53%. A análise demonstraria que quando a saúde é um bem individual, o sucesso é quase certo. Quando ela é tida como direito coletivo, é maior probabilidade de fracasso.

---

[537] SABINO, *Saúde e Judiciário*..., 2016, p. 350-351.

[538] Disponível em: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,tj-sp-promove-audiencia-publica-sobre-a-falta-de-vagas-na-educacao-infantil,1065603>

[539] Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/02/sem-acordo-tj-marca-nova-audiencia-sobre-vagas-em-creches-em-sp.htm>

[540] Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?Id=21193>.

[541] V. FERREIRA, Camila Duran. *O Judiciário e as Políticas de Saúde no* Brasil: o caso AIDS. Monografia vencedora do Concurso IPEA-CAIXA, 2004.

Resultado semelhante é o de Fernanda Terrazas[542]. A autora pesquisou a jurisprudência do TJSP no período de 1998 a 2005. Teve como objeto as demandas judiciais com pedidos de medicamento para tratamento de hepatite C, totalizando 205 acórdãos. Dessas decisões, 98% eram referentes a demandas individuais; apenas 2% eram ações coletivas. Em relação ao resultado, novamente a maioria das demandas foi julgada procedente (82%), sendo que 6% foram julgadas improcedentes e os outros 12% terminaram sem análise de mérito.

Por fim, convém também expor a pesquisa coordenada por Ada Grinover e Ligia Sica, publicada pela FGV e pelo CEBEPEJ[543]. O objetivo foi mapear os tipos de demandas que vinham sendo propostas para tutelar o direito à saúde e identificar os resultados que essas demandas têm produzido. Foram analisados 659 acórdãos do TJSP; além de outros do TJMG e do TRF, entre 2010 e 2012. Concluiu-se pela preponderância das ações individuais: 90,28% no TJ/SP. Mais de 93% das ações individuais ajuizadas no TJ/SP com base no direito à saúde foram julgadas procedentes em primeira instância, e o índice de reforma pelo Tribunal revelou-se muito baixo.

A pesquisa também não evidenciou a existência de qualquer ação individual com efeitos coletivos ajuizados para tutelar um interesse ou direito que se refletisse numa pluralidade de pessoas.

As ações coletivas, por sua vez, embora tenham sido localizadas, existem em quantidade muito menor do que as ações individuais: apenas 0,45% dos acórdãos do TJ/SP. A taxa de êxito entre as ações coletivas também é baixa em comparação com o das ações individuais.

Para a pesquisa, isso favorece a multiplicação de demandas individuais, o que atravanca o Poder Judiciário, prejudicando a eficiência e a celeridade da prestação jurisdicional. Também interfere no com o orçamento público, desvirtuando as políticas públicas de saúde já elaboradas.

A pesquisa também detectou a presença das ações pseudocoletivas, ajuizadas pelo Ministério Público em favor de um único indivíduo. Para Grinover e Sica, trata-se de escolha equivocada, pois o microssistema de processos coletivos serve à tutela de interesses ou

---

[542] TERRAZAS, Fernanda Vagas. O *Poder Judiciário como voz institucional dos pobres*: o caso das demandas judiciais de medicamentos. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

[543] GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pinto (Coord). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde:* relatório de pesquisa. São Paulo: CEBEPEJ e FGV, 2014, p. 74-76.

direitos supraindividuais, e não individuais. Nesses casos, a legitimação do Ministério Público não deriva das regras que regem o processo coletivo, mas da previsão constitucional que lhe atribui a incumbência de defender direitos indisponíveis (art. 127, caput, CF) e direitos individuais.

O MP, nesse tipo de demanda, teria tentado dar tratamento coletivo ao pedido, postulando a extensão dos efeitos da sentença a outros indivíduos que se encontrem na mesma situação. Mas o Judiciário tem negado os pedidos, em razão da prova produzida em relação a um único indivíduo não ter a amplitude necessária para se estender aos demais componentes de um hipotético grupo.

Finda a análise do TJSP, passa-se a investigar os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

6 JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJ-RS)

O Capítulo 6 trata dos julgados TJRS. No primeiro tópico, expõe o método de seleção das decisões; no segundo, sua análise; no terceiro, as conclusões alcançadas.

6.1 SELEÇÃO

No TJ-RS a situação é diferente da do TJ-SP. Optou-se pela análise de acórdãos tanto quanto decisões monocráticas, porque pela leitura exploratória nas decisões desse Tribunal, a utilização do art. 557 do CPC/73[544] é considerável. Trata-se de ampliação dos poderes do relator, seja para dar ou não provimento ao recurso, caso esteja em conformidade ou desconformidade com a jurisprudência de seu Tribunal ou dos Tribunais Superiores. Atualmente, o dispositivo encontra-se no art. 932, IV e V do CPC/15.

A pesquisa nesse Tribunal resultou em um manejo mais complexo dos dados[545]. Utilizando os termos "controle judicial de políticas públicas", no campo "inteiro teor", o resultado foi de 46.500 decisões. Utilizando o campo "ementa", esse número cai para 1100 decisões. Caso se opte apenas por acórdãos, o resultado é de 971. Caso se opte por decisões monocráticas, o resultado é de 235.

Em ambas as situações o número de decisões é grande, desafiando as limitações do pesquisador individual. O que se propôs, portanto, foi um recorte temporal para adequar o número de decisões a serem analisadas.

Em termos anuais, a pesquisa obteve o seguinte número de decisões: 1997 (2); 1998 (5); 1999 (211); 2000 (315); 2001 (98); 2002 (5); 2003 (3); 2004 (1); 2005 (2); 2006 (10); 2007 (4); 2008 (10); 2009 (8); 2010 (102); 2011 (118); 2012 (95); 2013 (55); 2014 (41).

---

[544] Art. 557, do CPC: O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

[545] Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=controle+judicial+de+pol%C3%ADticas+p%C3%BAblicas&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 6 mai. 2015.

Diante da ausência de tempo hábil, optou-se pela análise das decisões de 2014. Das 41 decisões encontradas, 31 foram excluídas, restando 10 selecionadas (24,3%)[546].

6.2 ANÁLISE

Este tópico traz a análise dos acórdãos selecionados no TJRS. Preferiu-se dividir os subtópicos em ações coletivas e individuais. Foi uma forma, sem ambição estatística, de avaliar por meio de qual instrumento processual a discussão chegou ao Tribunal.

6.2.1 AÇÕES COLETIVAS

As ações coletivas vêm essencialmente na forma de ação civil pública. Lembrando que algumas discutem direitos, de fato, coletivos em sentido amplo; enquanto outras buscam tutelar direito individual pelo instrumento coletivo.

6.2.1.1 Apelação 0401457-07.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	MP-RS x Município de Quaraí
Data de julgamento:	18.12.2014
Relatoria do acórdão:	Laura Louzada Jacottet
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Parcialmente reformado, por unanimidade
Política pública em questão:	Conservação de rodovia
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

[546] Decisões excluídas por seu objeto não se relacionar com o controle judicial políticas públicas: Agravo em execução 0224052-81.2014.8.21.7000, Apelação criminal 0051950-53.2014.8.21.7000, Agravo em execução 0204203-26.2014.8.21.7000, Apelação criminal, 0122702-84.2013.8.21.7000, apelação cível 0384329-71.2014.8.21.7000, Apelação cível 0384329-71.2014.8.21.7000, Apelação cível 0362134-92.2014.8.21.7000, Agravo de instrumento 0382864-27.2014.8.21.7000, Agravo em execução 0291712-92.2014.8.21.7000, Agravo em execução 0073075-77.2014.8.21.7000, HC 0162617-09.2014.8.21.7000, HC 0209750-47.2014.8.21.7000, Correição parcial 0232881-51.2014.8.21.7000, Agravo em execução 0144288-46.2014.8.21.7000, 13 HC 0135870-22.2014.8.21.7000, HC 0151092-30.2014.8.21.7000, Agravo em execução 0156446-36.2014.8.21.7000, Apelação cível 0159332-08.2014.8.21.7000, HC 0074134-03.2014.8.21.7000, HC 0032622-40.2014.8.21.7000, HC 0016554-15.2014.8.21.7000, HC 0058024-26.2014.8.21.7000, HC 0018438-79.2014.8.21.7000, Apelação cível 0360157-02.2013.8.21.7000, Apelação cível 0384261-58.2013.8.21.7000, Apelação e Reexame Necessário 0518621-27.2013.8.21.7000, Apelação cível 0522573-14.2013.8.21.7000, HC 0414578-39.2013.8.21.7000, Apelação cível 0267265-74.2013.8.21.7000

Em ação civil pública, o Ministério Público do Rio Grande do Sul requereu a condenação do Município de Quaraí para adotasse as medidas necessárias para a recuperação e conservação da rodovia RST/060. A sentença proveu parcialmente o pedido declarando a responsabilidade municipal, porém sem condenação.

Vieram as apelações do MP e do Município.

O Ministério Público ressaltou a inexistência de interferência na discricionariedade da Administração Pública, considerando que a negligência estatal com rodovia violaria a dignidade da pessoa humana, que se sobrepõe ao princípio da separação dos poderes.

Já o Município alegou que a manutenção da rodovia seria de competência do Estado do Rio Grande do Sul, apontando inexistência de lei e transferindo a competência. Também argumentou sobre a ação que o Município de Quaraí moveu contra o Estado do RS para ver reconhecida a responsabilidade do ente estadual, injustamente julgada improcedente.

O acórdão negou provimento aos recursos.

No voto, a relatora afasta a possibilidade de controle judicial de políticas públicas no caso concreto, pois não pode o Judiciário intervir na atividade política em regra. A exceção que autoriza a intervenção dá-se para resguardar direitos fundamentais violados pelo Poder Público.

A decisão destaca a "a tenebrosa tendência de se jogar todas as medidas a serem realizadas pela Administração Pública no seio da dignidade da pessoa humana, pois reconhecidamente bem jurídico de valor ímpar". O voto reconhece como *limite* à intervenção judicial a garantia do mínimo existencial[547]. No caso, a relatora não vê conservação de rodovia violando o núcleo duro dos direitos fundamentais, "salvo caso desastroso".

Também aponta que o MP não apresentou provas suficientes para subsidiar seus pedidos, nos termos do art. 333, I do CPC/73, vigente à época.

Quanto à apelação do Município, o voto ressalta que no processo nº 061/1.03.0001817-3, movido por Quaraí contra o Estado do Rio Grande do Sul, já foi proferida sentença de improcedência transitada em julgado. Deste modo, a competência não é do Estado; e não cabe ao município alegar sua falta de competência em outros autos, com exceção da ação rescisória[548].

---

[547] Cita GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo, v.33, n.164, out.-2008, p. 9-28.

[548] O acordão traz discussões relevantes sobre a relatividade da coisa julgada inconstitucional. Sobre o tema, v. ARAÚJO, Rosana Roberta de Sousa. Relativização da coisa julgada inconstitucional. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013.

Por fim, o acordão reforma parcialmente a sentença apenas para afastar o pagamento de custas processuais pelo Município, pois no caso do Rio Grande do Sul há grande controvérsia sobre o tema, que acabou por ensejar ADINs.

6.2.1.2 Agravo de instrumento 0006192-51.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	MP-SP x Município de Pelotas
Data de julgamento:	25.09.2014
Relatoria do acórdão:	Eduardo Delgado
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Parcial provimento, por unanimidade
Política pública em questão:	Saúde – serviços em posto de saúde
Citação de norma nos votos analisados:	Sim. CF, 6º, 196, 198. Lei 8080/90
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, o MPSP moveu ação civil pública contra o Município de Pelotas com a finalidade de vê-lo condenado a "prestar de forma adequada, contínua, eficaz e segura todos os serviços no âmbito do SUS à população pelotense". Diante da insuficiência no atendimento do Pronto Socorro da cidade[549], os pedidos foram especificados em: a) transferência dos pacientes para hospital geral, no prazo de 48h da internação; b) retirada do Pronto Atendimento das dependências do Pronto Socorro; c) organização do espaço físico, com divisão dos leitos por sexo e gravidade; d) aquisição de leitos e materiais hospitalares; e) atendimento individual aos pacientes.

Na decisão de saneamento, o juízo defere os pedidos em tutela antecipada. Vem o agravo de instrumento do Município, com fundamento na ausência de domínio técnico do MP e da Magistratura nos assuntos de saúde pública; na complexidade do funcionamento do hospital, que atende 23 municípios da região; na necessidade de chamamento ao processo da União, do Estado Rio Grande do Sul e outros municípios; na sobrecarga imposta exclusivamente à Pelotas; no rigor da decisão, com multa diária de 50 mil reais por paciente; na invasão na competência médica em determinar os casos prioritários de internação; na

[549] "Dentre as situações mais periclitantes, a da Sra. Maria Martins dos Santos, de 85 anos, que fraturou o fêmur e tomou apenas uma injeção para dor, permanecendo sem maca e somente com uma tala, à espera de leito para a realização de cirurgia de um dia para outro (fls. 137-138)".

comercialização de serviços de saúde privados por liminares, com benefícios de poucos em prejuízo de muitos.

No voto, o relator confessa que controvérsia sobre a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é sempre questão tormentosa. Para a decisão, o Judiciário tem a atribuição de defesa de direitos constitucionais individuais e coletivos, o que limita a discricionariedade da atuação administrativa — sem que haja violação da separação dos Poderes[550].

Sobre o chamamento ao processo, decide que a responsabilidade é solidária entre os entes federativos, de modo que é opção do autor demandar contra qualquer um deles, de forma conjunta ou separada. O fundamento legal viria dos arts. 198, §1º e 30 da CF, e da Lei 8.080/90[551], o que não autorizaria a aplicação do art. 77 do CPC/73[552].

No mérito, o relator aponta a "notória ineficiência da administração no planejamento, organização e funcionamento satisfatório do sistema público de saúde", citando relatórios do MP[553] e do Conselho Regional de Medicina. Diante da omissão estatal, é cabível o controle judicial, "com vistas a assegurar o mínimo existencial à população de Pelotas".[554]

Sopesando as dificuldades de gerenciamento dos recursos públicos frente ao direito social à saúde e a dignidade da pessoa humana, o acordão considera as medidas determinadas em primeira instância adequadas a correção da política pública controvertida.

Todavia, apesar da multa ser cabível[555], entende como excessiva, merecendo sua redução para R$10.000,00 por paciente.

---

[550] Cita o RE: 581352 AM, Min. Rel. Celso de Mello, analisado nessa dissertação

[551] Utiliza-se de precedentes: STF, AI 808059, TJRS Apelação 70041466780, entre outros.

[552] Art. 77. É admissível o chamamento ao processo a) do devedor, na ação em que o fiador for réu; b) dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; c) de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.

[553] "De igual forma, o Parquet providenciou a realização de vistoria no Pronto Socorro de Pelotas, por meio de Mandado de Diligências, elaborada por Assessora Jurídica da instituição no dia 19.10.2012, das 14h às 18h, cujo relatório apontou (fls. 159-163): a) excesso de lotação constante; b) atendimento para cadastro antes da triagem com enfermeira; c) classificação por cores de acordo com a gravidade da enfermidade apresentada; d) tempo de espera de acordo com tal classificação – podendo chegar até 72 horas -; e) atendimento por duas médicas e por quatro estudantes de medicina no setor de urgência e emergência; f) atendimento em bloco, com apenas uma maca e sem privacidade; g) reclamações das médicas do setor acerca da falta de gerenciamento dos leitos de UTI; e, f) precariedade do local onde ficam os pacientes aguardando internação e em observação".

[554] Cita o STF, AI 734487 AgR, Min. Rel. Ellen Gracie; RE 581352 AgR, Min. Rel. Celso de Mello.

[555] Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 428.

6.2.1.3 Apelação 0073683-12.2013.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	MP-RS x Município de Porto Alegre
Data de julgamento:	30.04.2014
Relatoria do acórdão:	Lúcia de Fátima Cerveira
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Improvido, por unanimidade, para manter a condenação na construção de centro para pessoas portadoras de deficiência
Política pública em questão:	Saúde – centro de reabilitação de pessoas portadoras de deficiência
Citação de norma nos votos analisados:	Sim.
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim.
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim.
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim, sob o viés de "núcleo essencial"
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim, sob o viés de "ponderação de valores"

Diante da precariedade do atendimento às pessoas portadoras de deficiência física, o Ministério Público propôs ação civil pública contra o Município de Porto Alegre a fim de obrigá-lo a construir um centro de reabilitação para esses pacientes em 3 anos. Até o término da obra, o Município deveria firmar convênios com os centros já existentes e fornecer o adequado transporte. A sentença foi de procedência.

Em apelação, o Município alega que os pedidos formulados pela autora são amplos e generalizados, dado que nem todo portador de deficiência física necessita de reabilitação e transporte social para ter acesso ao tratamento. Alega, também, a existência de centros vinculados ao SUS na zona sul, e que o transporte coletivo é gratuito e adaptado ao acesso de deficientes físicos. Conclui que a multa é indevida por atingir a coletividade, e não diretamente os cofres públicos.

O acórdão negou provimento ao recurso, por unanimidade.

Em seu voto, a relatora asseverou a excepcionalidade da utilização de meios judiciais para controle de políticas públicas. O caso concreto, entretanto, diria respeito a direito fundamental e social à saúde (arts. 5º, 6º,196 e 203 da CF), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e no dever do Estado em promover o bem-estar de todos (art. 3º, IV).

Haveria violação do direito à integração social das pessoas portadoras de deficiência física que encontra embasamento no princípio da igualdade. Isso implica na consequente legitimidade do ente público municipal, nos termos do art. 23 da CF, para "cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência".

A conclusão também se apoia na Lei. 7.853/89, regulamentada pelo Decreto n. 3.298, e na Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, de modo que as pessoas portadoras de deficiências físicas têm o direito à saúde assegurado, e o Estado tem o dever de "instituir melhorias para que este direito seja efetivado na prática, sob pena de ofensa aos ditames constitucionais".

Na situação tal como apresentada, não haveria interferência sobre o mérito administrativo, mas o "controle finalístico de atuação do Estado com relação ao seu dever constitucional de proteger eficientemente os direitos fundamentais" (*check and balances*)[556]. A extensão da competência do Judiciário para correção da atuação dos outros poderes, que omitiram ou extrapolaram suas próprias competências, seria cabível.

No contexto fático, segundo o voto, a própria Municipalidade, ao referir que houve "tentativas de firmar convênios com clínicas na região extremo sul que, entretanto, se inviabilizaram por não estarem aptas a atender grandes demandas", admitiu a inexistência de centro de atendimento especializado para pessoas portadoras de deficiência física na zona sul de Porto Alegre. O Município alegou que só há duas clínicas conveniadas. Nenhuma delas, no entanto, objetiva a reabilitação integral, mas apenas tratamento fisioterápico. O Município ainda admite não saber o número real de portadores de deficiência na região, o que implicaria em sua negligente omissão na política pública.

Para decisão, diante do conflito de direitos constitucionais, é necessária a ponderação no caso concreto, resultando na preponderância no núcleo essencial do direito à saúde sobre a alegada reserva do possível.

6.2.1.4 Apelação 0056622-41.2013.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	MP-RS x Município de São Sebastião do Caí
Data de julgamento:	30.04.2014
Relatoria do acórdão:	Lúcia de Fátima Cerveira
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação coletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provimento parcial, por unanimidade
Política pública em questão:	Meio ambiente / saúde pública
Citação de norma nos votos analisados:	Sim.
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

[556] Sobre o tema, v. SILVA, Daniel Cavalcante. "Checks and balances" e conflitos políticos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2867, 8 maio 2011.

Na origem, trata-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público buscando a condenação do Município de São Sebastião do Cai à a) elaboração de medidas para controle de reprodução de animais domésticos da população de baixa renda; b) apresentação de projeto de centro de acolhida e tratamento de animais domésticos e de tração abandonados; e c) inclusão na lei orçamentária anual de 2013 de valores específicos suficientes para a implementação e manutenção dos projetos.

A sentença foi de procedência, obrigando o cumprimento das medidas no prazo de 60 dias.

Veio a apelação do Município, que argumentou pela impossibilidade de apresentação dos projetos necessários por insuficiência de tempo, além da interferência judicial em matéria orçamentária, sem que houvesse a devida comprovação da necessidade da criação dos tais centros.

O acórdão, da mesma relatoria do caso anterior, proveu parcialmente o recurso, por unanimidade. A fundamentação é semelhante, mas sob a perspectiva de política pública diversa.

A relatora afasta o argumento de ofensa aos princípios da discricionariedade e autonomia da administração pública em interferência ao orçamento, pois o Judiciário está autorizado a agir visando "assegurar o interesse público".

Ressalta que os bens tutelados - meio ambiente e saúde pública - são direitos fundamentais sociais, e implicam no respectivo dever de proteção por parte do Poder Público, tanto na dimensão defensiva quanto na prestacional, em forma de políticas públicas).

A competência municipal dessas políticas estaria prevista nos arts. 23, II e VI, 30, I, e 225 da CF. A decisão ainda cita a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO em 1978, que dispõe em seu art. 6o, b, que "o abandono de um animal é um ato cruel e degradante"[557].

Diante do cenário, não haveria ofensa à separação dos poderes e à dotação orçamentária, pois a omissão estatal seria injustificável[558].

---

[557] Disponível em: <http://www.apasfa.org/leis/declaracao.shtml>.

[558] "A testemunha Teresinha Mohr Winter, integrante da Caí Associação Ecológica, questionada se verifica algum problema atualmente, disse que todos, animais abandonados na rua, que são abandonados, são largados na porta da casa da gente, eu tenho duas cachorras em casa que abriram o portão da minha casa e atiraram elas pra dentro e fecharam o portão, quando eu cheguei na frente tinha duas cachorras lá dentro que eu não conhecia, cachorros atropelados que eu já recolhi, cachorros atropelados, levo no veterinário, depois

Quanto à aplicabilidade da reserva do possível, o voto entende que sua natureza não é absoluta. Ela sempre deve ser ponderada com outros princípios. No caso, especialmente, com o núcleo duro do direito fundamental à proteção do meio ambiente e da saúde.

Assim, o acordão mantém o teor da sentença, inclusive incluir a verba necessária no orçamento de 2015. Todavia, a apelação foi provida parcialmente apenas para aumentar o prazo de cumprimento da decisão: de 60 para 150 dias.

6.2.1.5 Apelação 0126721-02.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	MP-RS x Estado Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	28.04.2014
Relatoria do acórdão:	Maria Isabel de Souza
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação pseudocoletiva – ação civil pública
Resultado do julgamento:	Provido para excluir a parte genérica da sentença
Política pública em questão:	Saúde
Citação de norma nos votos analisados:	Sim.
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim.
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Trata-se de ação proposta pelo Ministério Público, em favor de Vanda Litarovicz Macedo (ação pseudocoletiva), para condenar o Estado do Rio Grande do Sul a promover consulta da paciente com cardiologista, além de tratamento e acompanhamento pós-cirúrgico para sua cardiopatia. A sentença foi de procedência.

Veio a apelação do Estado, sob os argumentos (i) da impossibilidade de condenação ao fornecimento de "todo tratamento necessário"; (ii) que a CF, em seu art. 196, não assegura a disponibilização de recursos a uma situação individual; (iii) e que cabe ao ente municipal a prestação do serviço requisitado.

---

eu coloco pra adoção, às vezes a gente consegue adotante, às vezes não consegue, daí fica em casa, eu tenho mais de 50 animais na minha casa (fl. 275). A referida testemunha também respondeu à seguinte pergunta elaborada pelo Ministério Público: A senhora conhece algum programa mínimo que o Município tenha de proteção de animais ou de controle de proliferação ou abrigo, alguma coisa nesse sentido? Ao que disse: Não, nós temos na nossa casa, eu e a Maria, eu tenho mais de 50 animais e ela também. O que nós recebemos um pouco de verba é do Ministério Público, foi num acordo que foi feito com o Dr. Charles de passar uma verba do Ministério Público para nós de referente a multas e acordos relativos a maus tratos e meio ambiente, que a gente também faz sobre isso. Mas é uma verba mínima digamos, a média mensal que o Ministério Público nos repassa é na faixa de R$ 1.200,00 a 1.300,00, sendo que o nosso gasto mínimo, não acontecendo nada de especial, é na base de R$ 4.000,00 por mês, que sai dos nossos salários, aposentadorias, etc., que fazem muita falta (fl. 276)".

Sobre a preliminar, a desembargadora relatora aponta, de fato, a impossibilidade de pedidos genéricos e consequente condenação genérica, pois o caso não estaria abrigado nas hipóteses do art. 286, I a III, do CPC/73[559]. O pedido certo seria "essencial tanto à defesa do réu quanto à exequibilidade da sentença". Entretanto, tal vedação do Código de Processo não impediria o direito de ação da parte autora, uma vez que, caso necessário, é possível que sejam ajuizadas novas demandas. A sentença só seria prejudicada, deste modo, na parte do fornecimento de "todo o tratamento necessário em favor da Sra. Vanda", pois violaria também o art. 460, parágrafo único, do CPC/73[560].

Quanto ao mérito, é afastado o argumento da competência do município, pois os entes federativos são solidários na prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS[561].

A desembargadora argumenta ainda que os direitos fundamentais não são absolutos. O conteúdo desses direitos é vinculado ao "bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente". No caso da saúde, como "outros usuários do SUS aguardam a realização de serviços médicos, o Estado deve levar em consideração não o direito abstrato à saúde, mas a sua relação com os demais membros da coletividade".

Portanto, estabelecer a realização imediata do serviço, sem considerar-se a ordem previamente estabelecida pelo sistema de saúde, seria uma violação ao acesso universal igualitário aos serviços de saúde, previsto no art. 196, CF, segundo o voto relator.

Diante disso, a apelação foi parcialmente provida, tendo sido excluída a condenação do Estado ao fornecimento de "todo o tratamento necessário em favor da Sra. Vanda Litarovicvz".

---

[559] Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações em que a pretensão recai, sobre uma universalidade, se não puder o autor individuar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu. Sobre o tema, v. PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 3 (Arts. 270 a 331 e 444 a 475). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 170-174; DE PASSOS, José Joaquim Calmon. *Comentários ao Código de Processo Civil. Volume III (Arts. 270 a 331)*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203-204.

[560] Art. 460, parágrafo único: A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. Neste sentido, a relatora cita como precedente: TJ-RS, AC 70057175291 RS, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 30/10/2013, 22ª Câmara Cível.

[561] Precedente: TJRS, Embargos Infringentes n. 70029791829, 11º Grupo Cível, Relatora Mara Larsen Chechi, j. 15/05/2009.

6.2.2 AÇÕES INDIVIDUAIS

As ações individuais são instrumentalizadas essencialmente por ações ordinárias, para tutelar direito estritamente individual. Não se encontrou nenhuma ação individual com pedido amplo o suficiente para ter efeitos coletivos.

6.2.2.1 Apelação 0409756-70.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	Carlos Rodrigues x Município de Esteio e Estado do Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	30.10.2014
Relatoria do acórdão:	Marilene Bonzanini
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual,
Resultado do julgamento:	Decisão monocrática, (art. 557, CPC/73) concedendo o medicamento, mas na sua Denominação Comum
Política pública em questão:	Saúde – medicamento não constante em lista, alterado o pedido para o genérico
Citação de norma nos votos analisados:	Sim.
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim.
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

Na origem, o paciente Carlos Rodrigues moveu ação ordinária de obrigação de fazer contra o Município de Esteio e o Estado do Rio Grande do Sul para obrigá-los ao fornecimento do medicamento *Combodart* de forma contínua, enquanto perdurasse a enfermidade (hiperplasia prostática benigna[563]). A sentença foi de procedência.

Vieram as apelações. O Município argumentou pela sua ilegitimidade passiva e, no mérito, que o referido medicamento não se encontra nas listas elaboradas pelo Ministério da Saúde; portanto, não poderia ser responsável pelo seu fornecimento; e que a reserva do possível impede a intervenção judicial. O Estado arguiu que (i) a sentença deveria ter feito uso da Denominação Comum Brasileira para se referir ao medicamento; e (ii) pela substituição do medicamento por algum outro previsto na lista do SUS.

No voto condutor, a relatora afastou a alegação de ilegitimidade passiva, argumentando que a saúde é um direito fundamental constitucional de maior importância, e que a solidariedade dos entes públicos na garantia deste direito é matéria pacífica no TJRS

[563] Condição médica caracterizada pelo aumento benigno da próstata que normalmente se inicia em homens com mais de 40 anos. Pode provocar estreitamento da uretra com dificuldade de micção.

e nas cortes superiores. Cita como fundamentos legais a "interpretação sistemática da legislação infraconstitucional com os arts. 196 e 198 da Constituição Federal", além do art. 2º da Lei 8.808/90, o art. 15 da Lei 10.471, e o art. 241 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul[564].

Não haveria que se falar, portanto, em ilegitimidade passiva dos entes estatais. Havendo necessidade do fornecimento do medicamento e carência financeira, o pedido deve ser julgado procedente.

A desembargadora refuta os argumentos de ausência de previsão orçamentária e da reserva do possível, afirmando que eles "não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde e não podem ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna"[565]

A STA 175 do STF também é utilizada para argumentar que a situação no referido julgado causaria " a desproporcional afetação do sistema de saúde e comprometimento da ordem pública (inclusive das diversas dimensões da reserva do possível) devem ser demonstrados pelo Poder Público".

O voto ainda argumenta que

> [...] a reserva do possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível.

Sobre a substituição do medicamento, proposta pelo Município, decidiu-se que a prescrição médica não pode ser alterada pela vontade do ente público.

Diante disso, negou-se provimento ao apelo do Município e concedeu-se parcial provimento ao do Estado, apenas para que fosse utilizada a Denominação Comum Brasileira para o fornecimento do medicamento.

---

[564] Precedentes: STJ, AgRg no Ag 909.927/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi, j. 21/02/2013; STF, RE 607381 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 31/05/2011; TJRS, Apelação 70052856002, 22ª Câmara Cível, Relator Eduardo Kraemer, j. 06/05/2013, entre outros.

[565] Cita DA SILVA, Ricardo Augusto Dias. *Direito Fundamental à Saúde*: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum. 2010, p. 188. A citação é utilizada para fundamentar sua decisão — a desembargadora cita a história da criação do conceito de "reserva do possível" na Alemanha, onde o conceito é utilizado como uma limitação material à implementação dos direitos sociais. Ressalta, entretanto, que a reserva do possível não é absoluta, de modo que, no caso dado, o direito à saúde têm prevalência. Cita, neste sentido, SARLET, Ingo Wolfang. *As Restrições em Torno da Reserva do Possível*: Uma Análise Crítica. Belo Horizonte: Fórum. 2011, p. 189; DA SILVA, Ricardo Augusto Dias. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36a ed. 2013, p. 582.

6.2.2.2 Apelação 0384329-71.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	Matheus Santin x Município de Maraú e Estado do Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	30.10.2014
Relatoria do acórdão:	Denize Oliveira Cesar
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual, pela Defensoria Pública
Resultado do julgamento:	Decisão concede o medicamento, mas na Denominação Comum
Política pública em questão:	Saúde – medicamento não constante em lista
Citação de norma nos votos analisados:	Sim. CF, 6º, 196,
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim. TJ-RS, STJ
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

Na origem, Matheus Santin moveu ação ordinária contra o Município de Maraú e o Estado do Rio Grande do Sul para vê-los condenados ao fornecimento de medicamento. A sentença foi de procedência.

Vieram as apelações. O Município arguiu sua ilegitimidade enquanto parte e sustentou necessidade de observação das listas de dispensação, de acordo com a Lei nº 12.401/2011, que cria a CONITEC[566], e com Decreto 7.508/11, que regulamenta a lei. Argumenta, também, pela aplicação da reserva do possível. Já o Estado sustenta não ser responsável por alguns dos medicamentos postulados, dado a inexistência destes na lista de medicamentos de sua competência.

O desembargador relator aponta que todos os entes federativos são solidários na responsabilidade de prestação de serviços destinados a garantir o direito à saúde. A organização interna do sistema não poderia se sobrepor ao direito de exigibilidade dos serviços de saúde do particular.

No mérito, destaca o direito de saúde como um direito constitucional, dotado de força normativa para atribuir direitos subjetivos às pessoas que necessitam de medicamentos. Deste modo, o Judiciário teria a função de cumprir as prestações contidas nas políticas públicas e, caso estas se demonstrem ineficientes ou ineficazes, seria possível sua revisão judicial. O voto ressalta que essas interferências não privilegiam interesses subjetivos, mas sim o interesse coletivo que a política seja suficiente.

[566] Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS. V. mais em <http://conitec.gov.br/>.

Tampouco haveria ofensa ao princípio da divisão dos poderes, pois a revisão de atos administrativos seria competência típica do Judiciário: "quando há omissão ou ineficácia administrativa no cumprimento das normas constitucionais, é legítima a tutela jurisdicional do direito da parte".

O desembargador afasta o argumento de necessidade de observação da lista, ressaltando que tal medida não implica na negativa da Lei nº 12.401/11, uma vez que se "trata-se controle normativo de atos normativos dos órgãos do SUS à luz das diretrizes normativas, sem ofensa as regras contidas na legislação infraconstitucional referida".

O acordão, assim, nega provimento aos recursos.

6.2.2.3 Apelação 0393389-68.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	Maria Ivone Pires x Estado do Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	03.11.2014
Relatoria do acórdão:	Denize Oliveira Cesar
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual
Resultado do julgamento:	Improvido, por maioria
Política pública em questão:	Saúde – medicamento não constante em lista
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim
Citação do conceito de mínimo existencial:	Sim
Citação do conceito de reserva do possível:	Sim
Citação do conceito de razoabilidade:	Sim

. Na origem, Maria Inove Pires, vítima de artrose, moveu ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul com a finalidade de vê-lo obrigado a fornecer medicamento não oferecido pelo SUS para tratamento da doença. A sentença foi de procedência. Contra ela veio a apelação. A relatora negou seguimento ao recurso, com fundamento no art. 557 do CPC/73 e na "jurisprudência consolidada do TJRS e do STJ". Contra essa decisão veio o agravo de instrumento.

O Estado do RS argumentou pela a) impossibilidade de julgamento de apelação por decisão monocrática; b) imprescindibilidade da prova pericial; e c) que tratamento pleiteado não seria o mais indicado para doença, de acordo com parecer técnico da Secretária de Saúde e nota técnica do Ministério da Saúde.

O acórdão negou provimento ao recurso, pela maioria, com voto vencido.

O voto condutor da relatora destaca a prescindibilidade da prova pericial demandada e da inocorrência de cerceamento de defesa[567], diante da suficiência do laudo médico apresentado pela autora.

No caso, há a controvérsia específica sobre a prevalência (ou não) do atestado do médico que acompanha o quadro da autora, contra a nota e o parecer técnico dos órgãos estatais. A relatora vota a favor da autora, com fundamento do conhecimento do profissional médico que acompanha as peculiaridades do estado clínico da paciente, "considerando que a escolha da medicação é ato médico, e não administrativo ou jurídico".

Quanto ao mérito, prevalece o entendimento da força normativa do direito constitucional de acesso à saúde, que autoriza o Judiciário a determinar o cumprimento das prestações contidas nas políticas públicas.

O voto da relatora é muito semelhante à decisão monocrática, o que anterior, o que se entende vedado pelo art. 1.021, §3º do CPC/15.

De toda forma, o desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro vota pelo provimento do recurso, pois, no caso concreto, acredita que o parecer técnico reportando a ausência de suporte científico dos benefícios do medicamento é suficiente para impedir sua concessão.

Diante da divergência, a desembargadora Marilene Bonzanini acompanhou a relatora para negar provimento ao agravo, mas sem expor motivos em separado.

6.2.2.4 Apelação 0193703-95.2014.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	Enio Oscar x Estado do Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	05.06.2014
Relatoria do acórdão:	Maria Isabel de Azevedo Souza
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual
Resultado do julgamento:	Decisão monocrática de parcial provimento para excluir a parte genérica da sentença
Política pública em questão:	Saúde - medicamento
Citação de norma nos votos analisados:	Sim
Citação de doutrina nos votos analisados:	Sim
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim.
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

[567] CPC/73, art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Na origem, Enio Oscar Danielson moveu ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul para condená-lo a fornecer-lhe o medicamento *Januvia* (sitagliptina)[568]. A sentença foi de procedência. Contra ela, veio a apelação. O Estado alega a impossibilidade de condenação ao fornecimento de tratamento genérico.

A decisão do relator é monocrática, com fundamento no art. 557 do CPC/73, para dar parcial provimento ao recurso.

Em relação a alegação de pedido e sentença genéricos, o relator decidiu que, nos termos do artigo 286, I a III, do CPC/73, não se tratando de ação universal, de condenação por ato ilícito ou de condenação que dependa de ato praticado pelo réu, o objeto da ação deve ser específico. O caráter certo e determinado do pedido é essencial tanto à defesa do réu quanto à exequibilidade da sentença. Por isso, a lei processual admite a dedução de pedido genérico apenas em situações excepcionais expressamente previstas.

Assim, a especificação do fármaco permite a verificação da sua efetiva adequação e necessidade à doença, bem como o controle das políticas públicas na área da saúde. Assim, a indeterminação do pedido impede tanto a análise do mérito da ação, pelo juiz quanto a defesa do Estado, que poderia ser obrigado a fornecer à parte medicamento ou tratamento não incluído nas políticas públicas ou sem pertinência ao caso clínico.

Para a decisão, o caso não se enquadraria em nenhuma das hipóteses do art. 286 do CPC/73. Dessa forma, o objeto mediato da ação (ou bem jurídico pretendido), isto é, o fornecimento de medicamentos, deve ser determinado em qualidade e quantidade. Dessa maneira, os fármacos pleiteados devem ser especificados em sua denominação comercial ou comum e na quantidade necessária ao tratamento.

A exigência não obstruiria o direito de ação do paciente, pois no caso de substituição ou o acréscimo de medicamento, poderia ajuizar nova demanda, com o contraditório do réu. Nessas condições, a decisão excluiu da sentença a condenação ao

---

[568] Januvia® é indicado como adjuvante à dieta e à prática de exercícios para melhorar o controle glicêmico em pacientes com diabetes mellitus tipo 2. Disponível em: http://www.minhavida.com.br/saude/bulas/649-januvia-comprimido-revestido. Diabetes tipo 2 é um distúrbio no qual seu organismo não produz insulina em quantidade suficiente, e a insulina produzida não age tão bem como deveria. Seu organismo também pode produzir muito açúcar. Quando isto ocorre, o açúcar (glicose) no sangue aumenta e pode causar problemas graves de saúde. O principal objetivo do tratamento do diabetes é normalizar os níveis de açúcar no sangue. A redução e o controle dos níveis de açúcar no sangue podem ajudar a prevenir ou retardar as complicações do diabetes, como doença cardíaca, doença renal, perda da visão e amputação de membros. Disponível em: <http://www.minhavida.com.br/saude/bulas/649-januvia-comprimido-revestido>.

fornecimento de “acréscimo e/ou a suspensão por outro fármaco que se fizer necessário alterar durante o tratamento de sua enfermidade”

Quanto ao reexame necessário, o relator decide que, segundo o art. 196 da Constituição da República, o direito à saúde efetiva-se (i) pela implantação de políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doenças e (ii) pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, assegurada prioridade para as atividades preventivas.

O serviço público de saúde está sujeito a apenas um regime jurídico descentralizado, no qual as ações e as atividades são repartidas entre os entes da Federação. O 11º Grupo Cível do TJRS teria firmado entendimento no sentido de que há solidariedade entre a União, os Estados e os Municípios na prestação dos serviços de saúde, no âmbito do SUS, podendo o usuário do SUS ajuizar a ação contra qualquer um deles.

Não se admite, também, o chamamento ao processo. Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Para decisão, o art. 196 da CF foi regulamentado pela Lei nº 8.080/1990. Na forma do art. 19-M, introduzido pela Lei nº 12.401/2011, a assistência terapêutica consiste na dispensação de medicamentos e produtos, e na oferta de procedimentos terapêuticos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, definidos em protocolo clínico e avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade,

O art. 28 do Decreto n.º 7.508/2011, que regulamentou a Lei n.º 8.080/1990, subordina a assistência farmacêutica à apresentação de prescrição subscrita por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS.

Portanto, a partir da vigência do referido diploma legal, a assistência terapêutica integral dependeria (i) da inclusão do medicamento aos protocolos e diretrizes farmacêuticos do SUS e (ii) da apresentação de prescrição por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS.

Contudo, a decisão admite o controle judicial da política pública estabelecida pelo SUS, para a qual seria indispensável a realização de prova da ineficácia da política[569]. Dessa forma, conclui 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[570].

---

[569] Cita a STA 224, j. 18.09.2009, Min. Rel. Gilmar Mendes, STF.

[570] Cita julgado do STJ: RMS 28.962/MG, o Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 25/08/2009.

A decisão menciona que o 11º Grupo Cível do TJRS, contudo, firmou jurisprudência no sentido de que o Poder Público tem o dever de fornecer medicamentos, produtos e procedimentos terapêuticos estranhos às listas oficiais, independentemente de prova pericial, desde que apresentada prescrição médica[571]: "tratando-se de jurisprudência consolidada, majoritariamente, impõe-se sua observância para contribuir para a estabilidade da jurisprudência, que é do Tribunal, e não do juiz"

No caso concreto, o pedido estava acompanhado de prescrição médica, o que seria suficiente para a procedência da ação.

Dessa forma, a decisão deu provimento, em parte, ao recurso, apenas para excluir a condenação do Estado do RS ao fornecimento de "acréscimo e/ou a suspensão por outro fármaco que se fizer necessário alterar durante o tratamento de sua enfermidade" e modifica, em parte, a sentença em reexame necessário para excluir a condenação ao pagamento das custas processuais, exceto as despesas judiciais.

Nessa decisão, o mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade do pedido não foram citados. O cerne da questão é a suficiência da prescrição médica para que o Estado forneça o medicamento postulado. Não se consegue aferir se o tratamento de saúde extrapola ou não o mínimo existencial, sendo que a política pública foi controlada sem maiores elementos argumentativos.

6.2.2.5 Agravo de instrumento 0496742-61.2013.8.21.7000 (2014)

Partes envolvidas:	Amilton Rocha x Estado Rio Grande do Sul
Data de julgamento:	09.02.2014
Relatoria do acórdão:	Maria Isabel de Souza
Na origem, ação individual ou coletiva:	Ação individual
Resultado do julgamento:	Decisão do relator em agravo de instrumento que proveu o recurso para sustar a ordem de fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa
Política pública em questão:	Saúde - medicamento
Citação de norma nos votos analisados:	Sim.
Citação de doutrina nos votos analisados:	Não
Citação de precedente nos votos analisados:	Sim.
Citação do conceito de mínimo existencial:	Não
Citação do conceito de reserva do possível:	Não
Citação do conceito de razoabilidade:	Não

[571] Agravo de Instrumento nº 70048177505.

Na origem, o paciente Amilton Rocha moveu ação ordinária contra o Estado do Rio Grande do Sul para obrigá-lo fornecer-lhe o medicamento *Velcade* (bortezomibe)[572] e "outros medicamentos ou procedimentos necessários para tratamento/cura da moléstia que acomete o requerente". A tutela antecipada foi deferida. Em setembro de 2012, o paciente pediu a substituição do fármaco requerido na petição inicial pelo medicamento Lenalidomida, o que foi negado, diante da discordância do Estado do RS com a mudança do pedido. Inconformado, o paciente interpôs agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento.

Em setembro de 2013, contudo, o paciente requereu mais uma vez o fornecimento do referido fármaco, diante da piora do seu estado de saúde. Informou que "não há outra medicação para o tratamento da doença" e juntou atestado médico dando conta de que se trata

> [...] de uma doença de evolução crônica, que necessita o uso de Lenalidomida. Caso o paciente não inicie com esta medicação, ocorrerá progressão da doença com compressão medular e paralisia, insuficiência renal com necessidade de hemodiálise, infecções graves e risco de morte.

O pedido foi deferido, ordenando o fornecimento do medicamento Lenalidomida.

Contra esta decisão insurgiu-se o Estado do RS. Em preliminar, arguiu sobre a coisa julgada e a preclusão da matéria, porquanto o pedido de substituição do fármaco fora apreciado no Agravo de Instrumento n.º 70051556785, que transitou em julgado. Defendeu ainda que (i) a alteração do pedido após a citação está sujeita à concordância do réu; que (ii) o medicamento Lenalidomida não está registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sendo vedado ao Estado dispensar fármacos que não possuem o referido registro; que (iii) o art. 196 da Constituição da República não assegura a destinação de recursos a uma situação individual; e que (iv) não há comprovação da eficácia e da segurança do medicamento pleiteado. Sucessivamente, o Estado requer a exclusão da ordem de bloqueio de valores.

Em decisão monocrática anterior, o relator concedeu efeito suspensivo ao recurso.

---

[572] *Velcade* é um medicamento que tem como princípio ativo o Bortezomibe. Esse medicamento é um antineoplásico de uso injetável, utilizado no tratamento de tumores como o mieloma múltiplo. Sua ação consiste em interromper o mecanismo equilibrador da célula, resultando no retardo do crescimento tumoral. Disponível em: <https://www.tuasaude.com/velcade/>. Antineoplásicos são medicamentos utilizado para destruir neoplasmas ou células malignas e, tem a finalidade de evitar ou inibir o crescimento e a disseminação de tumores.

Na decisão monocrática ora analisada, ele deu provimento ao agravo de instrumento.

Primeiro, porque se trataria de matéria decidida e preclusa.

Segundo, porque se cuida de fármaco sem registro na ANVISA. Seu fornecimento, portanto, seria vedado pelo artigo 19-T, II, da Lei n.º 8.080/90.

Terceiro, porque o fato de o paciente ter requerido, na petição inicial, não só o medicamento *Velcade* (bortezomibe), mas também "outros medicamentos ou procedimentos necessários para tratamento/cura da moléstia que acomete o requerente" não levaria ao desprovimento do recurso

Para o relator, nos termos do artigo 286, I a III, do CPC/73, não se tratando de ação universal, de condenação por ato ilícito ou de condenação que dependa de ato praticado pelo Réu, o objeto da ação deve ser específico. Como já mencionado em caso anterior, o caráter certo e determinado do pedido é essencial tanto à defesa do réu quanto à exequibilidade da sentença. Por isso, a lei processual admitiria a dedução de pedido genérico apenas em situações excepcionais expressamente previstas.

Decide-se que a especificação do procedimento permite a verificação da sua efetiva adequação e necessidade à doença, bem como o controle das políticas públicas na área da saúde. De outra forma, a indeterminação do pedido impediria tanto a análise do mérito da ação pelo juiz, quanto a defesa dos réus, que seriam obrigados a fornecer à parte medicamento ou tratamento não incluído nas políticas públicas ou sem pertinência ao caso clínico.

O caso concreto não se enquadraria em nenhuma das hipóteses arroladas no artigo 286 do CPC/73, logo o objeto mediato da ação, o bem jurídico pretendido, deve ser determinado.

O relator deu provimento ao recurso para sustar a ordem de fornecimento do medicamento Lenalidomida.

O mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade não foram citados na decisão.

6.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

Visualiza-se um maior predomínio de ações individuais em relação às ações coletivas no TJ-RS em relação aos outros tribunais, inclusive com um exemplo de ação pseudocoletiva. O Tribunal gaúcho também parece fundamentar mais criteriosamente suas

decisões, especialmente nas ações coletivas, colacionando posições doutrinárias e jurisprudenciais.

A utilização do expediente do art. 557 do CPC/73[573] apareceu no TJ-RS, ao passo que não no TJ-SP. Contudo, ao contrário do Tribunal Paulista, o Tribunal Gaúcho não editou nenhuma súmula a respeito do controle judicial de políticas públicas[574].

Por fim, a ideia que o TJRS mostrar-se-ia mais progressista que o TJSP, por exemplo, não se confirmou. O resultado dos recursos parece muito semelhante, privilegiando o cumprimento forçado dos direitos sociais pelo Judiciário, em detrimento da reserva do possível e da discricionariedade administrativa. Assim, em geral, as decisões entendem que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, pois acarretaria na violação da dignidade da pessoa humana e na ineficácia das normas constitucionais. As decisões entendem que se o mínimo existencial está sendo violado, a ação ou omissão da Administração é irrazoável, logo o pedido é razoável.

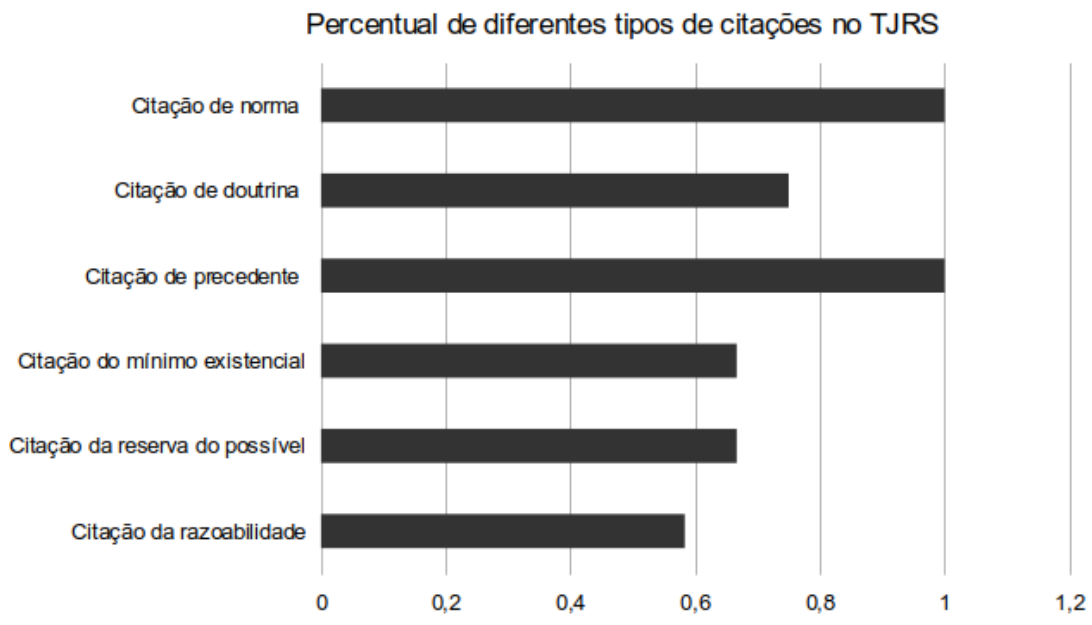
Segue gráfico contendo o número de citações de normas, doutrina, precedentes e dos conceitos estudados nas decisões do TJSP, em termos percentuais, o que pode indicar seu nível de esforço argumentativo na fundamentação. O gráfico possivelmente corrobora a afirmação que o TJRS fundamenta com mais qualidade que o TJSP[575], pois a norma, a doutrina e os precedentes costumam ser citados. Os conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade foram citados em pouco mais da metade das decisões.

---

[573] Art. 932, IV e V no CPC/15.

[574] Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/>.

[575] O que não necessariamente demonstra o acerto da decisão, mas que revele ao menos um maior empenho na fundamentação.



As decisões aparentam coesão para conferir o pedido ao autor da ação, especialmente em caso de violação do direito à saúde. O Judiciário entende que está autorizado a intervir no caso de ações ou omissões inconstitucionais dos demais poderes para implementar ou corrigir políticas públicas.

Chama a atenção que o TJRS entende suficiente a apresentação de prescrição médica para que o Estado seja obrigado a fornecer medicamento não contemplado nas listas oficiais do SUS, sem adentrar no mérito se a política pública de saúde é adequada, se está sendo violado o mínimo existencial ou se a "omissão administrativa" é irrazoável.

As decisões, entretanto, não permitiram sentenças genéricas de tratamento de saúde. Elas devem ser certas e determinadas nesses pontos.

Apesar de muitos casos envolverem pedido de medicamento, a Lei Estadual nº 9.908/93, que tem por objetivo o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para as pessoas que não dispõem de condições financeiras, não foi discutida nas decisões.

De forma semelhante a alguns casos do STF, o relator limitou-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno, o que é proibido de maneira expressa atualmente pelo art. 1.021, § 3º, do CPC/15.

CONCLUSÃO

Serão retormados alguns pontos decorrentes da pesquisa.

O reconhecimento dos direitos fundamentais evoluiu e continua evoluindo. Às liberdades públicas somaram-se os direitos sociais, que têm dupla dimensão e exigem ações estatais que criem condições para seu efetivo exercício.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu, por meio do seu art. 3º, o caráter democrático de direito ao Estado. Muitas vezes em normas com estrutura de princípio, ou de caráter programático, os objetivos constitucionais sociais conferiram ao Poder Executivo boa margem de discricionariedade. Fica primariamente ao seu cargo a elaboração dos programas de implementação dos direitos sociais. Esses programas são as políticas públicas.

Todavia, diante da ineficácia concreta dos direitos sociais prescritos, a doutrina (e, após, a jurisprudência) concluíram que a separação de poderes proposta por Montesquieu já não se adequava tão bem à realidade do Estado. Os atos ou omissões inconstitucionais ou ilegais do Executivo e Legislativo já não mais poderiam permanecer incontroláveis pelo Judiciário, sob pena de violação dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse contexto, o Judiciário passa a assumir um novo papel na efetivação das políticas públicas.

No caso brasileiro, o controle judicial de políticas públicas é realidade decorrente de múltiplos fatores sociais, políticos e jurídicos. Trata-se de fenômeno próprio do modelo de Estado Democrático de Direito, do ordenamento jurídico estruturado em princípios e caracterizado pela constitucionalização de direitos fundamentais sociais a partir de 1988.

A judicialização das políticas públicas, todavia, não escapou das críticas, essencialmente focadas no âmbito da legitimidade democrática e da incapacidade instrumental, técnica e institucional do Judiciário, o que gerou (e gera) embates na doutrina e no próprio ambiente forense.

Superada a (intensidade da) discussão da possibilidade da intervenção judicial, veio a fase da elaboração de parâmetros e critérios para o “controle do controle judicial”. Assim, a intervenção não deveria ser excessiva e primária, distorcendo as políticas do Executivo; tampouco inexistente, relegando a efetivação dos direitos sociais à arbitrariedade dos demais poderes.

Importados do direito alemão, os conceitos da reserva do possível e do mínimo existencial tentaram trazer racionalidade à decisão judicial que envolve o conflito em políticas públicas.

O primeiro conceito enuncia que a existência de recursos financeiros disponíveis e de planejamento prévio da Administração condiciona a efetivação do direito social, sendo um limite à intervenção judicial. Em outras palavras, se não há recursos nem planejamento prévio, não haveria direito à prestação.

O segundo dispõe que o núcleo duro dos direitos sociais é imediatamente exigível, independentemente da existência de política pública prévia ou recursos financeiros disponíveis. Tem-se um limite ao limite da intervenção judicial. Assim, a reserva do possível cederia nos casos de violação do mínimo existencial, pois este não poderia restar desamparado pelo ordenamento jurídico, e especificamente, pelo Judiciário.

Para temperar a tensão desses princípios, a pretensão deduzida em face do Poder Público deve guardar razoabilidade, ao mesmo tempo em que deve ser demonstrada a irrazoabilidade da lei, da sua interpretação ou da atuação administrativa.

Assim, a relação entre a reserva do possível e o mínimo existencial possui um duplo aspecto: de um lado, a necessidade de se preservar o mínimo existencial constitui-se em limite ao argumento da reserva do possível. De outro, a reserva do possível é argumento que reforça a existência de um núcleo intangível, relacionado à dignidade da pessoa humana, que deve ser promovido pelo Estado, ainda que haja escassez de recursos.

O exame das atribuições reservadas ao administrador público indica a necessidade de equilíbrio entre o dever de implementar os direitos sociais e a escassez de recursos. Contudo, entende-se que a reserva do possível, isenta de avaliação concreta, não pode ser arguida para exonerar o gestor público da realização do disposto em lei e de satisfazer o interesse público.

Entende-se também que, além de autorizada, é conveniente a intervenção do Judiciário, em face da omissão da Administração, para a concretização de seus deveres. Entretanto, é indispensável que a ingerência judicial seja pautada pelos já mencionados critérios objetivos, derivados e relacionados com o sistema de garantias dos direitos fundamentais.

A própria Administração deve realizar, por meios legais, a readaptação das suas finanças para atender à efetivação das prestações relacionais ao conteúdo essencial dos direitos sociais. A eventual prevalência do mínimo existencial em face da reserva do possível, contudo, não pode servir como apoio para a renúncia as normas que cuidam do orçamento público. O equilíbrio é necessário.

Além disso, entende-se que o acolhimento da reserva do possível, em demandas que envolvem a efetivação de políticas públicas, não pode ficar limitado à mera análise da

escassez de recursos. Deve ser operado um juízo de razoabilidade em relação às pretensões deduzidas pelo particular e as razões arguidas pela Administração. A razoabilidade é um critério de aferição de validade da reserva do possível.

A razoabilidade também determina em que medida o mínimo existencial é restrição à reserva do possível. Se as restrições arguidas pela Administração são razoáveis, o mínimo existencial não foi violado. Entretanto, se a alegada reserva do possível é destituída de razoabilidade, o mínimo existencial assume a condição de núcleo instransponível, assegurador da dignidade humana, cabendo ao Judiciário obrigar a Administração a efetivar o direito.

No aspecto processual, conclui-se que o Judiciário pode ser provocado por todos os meios processuais postos. Tanto as ações coletivas, quanto as individuais, são possíveis para implementar ou corrigir políticas públicas. O juiz deve acompanhar a execução, inclusive mediante terceirização dos atos executivos, mesmo *de lege lata*.

Tanto na fase de conhecimento quanto na de execução, o diálogo entre os Poderes é fundamental. A solução buscada deve ser conciliada, e não adjudicatória, com ampliação do contraditório (audiências públicas, *amici curiae*) e fundamentação rigorosa.

A tendência deve ser de coletivização. É necessária a reunião dos processos judiciais que discutam políticas públicas, em primeira e segunda instância, sempre possam onerar o mesmo orçamento. Do contrário, tem-se a provável violação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

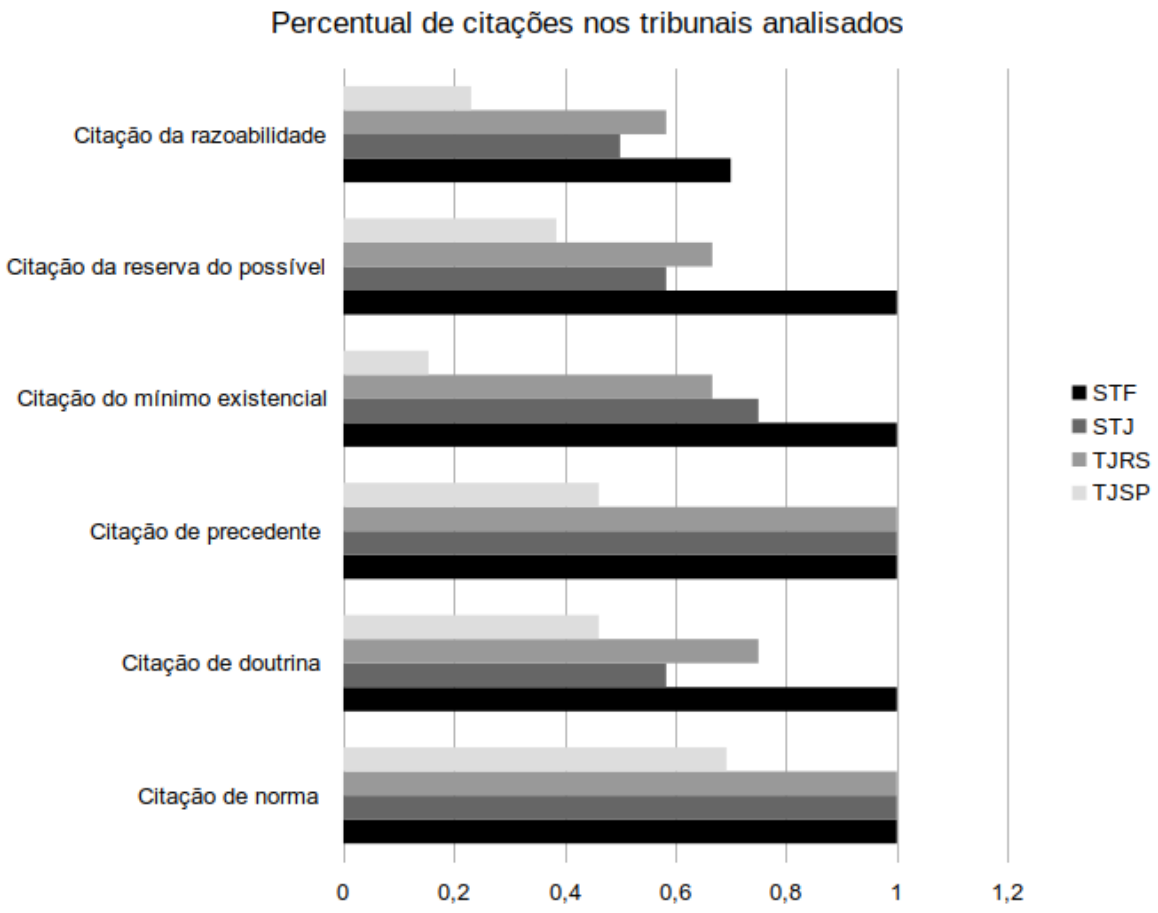
Diante desse panorama teórico do tema, a pesquisa objetivou analisar julgados do STF, STJ e TJSP na expectativa de investigar como esses tribunais usam os conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, destacados no julgamento da ADPF 45, considerado como o *leading case* do tema, a partir de 2005.

Da investigação dos julgados, concluiu-se que o Poder Público é quem, na maioria das vezes, leva a questão aos Tribunais Superiores, inconformado com as decisões dos juízos *ad quo,* que deferem os pedidos de obrigações de fazer. A maioria dos resultados é de improvimento dos recursos, por unanimidade. Há exceções, todavia, analisadas nos capítulos próprios.

Os conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade só começaram a ser utilizados após 2005, com a ADPF-45. As decisões anteriores, como as de 2004 do Min. Fux no STJ, tratam da escassez de recursos e da fundamentalidade dos direitos sociais, mas não utilizam a terminologia do Min. Celso de Mello.

Na maioria dos julgados, na análise do caso concreto, não é feito um juízo de ponderação razoável entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Esses elementos costumam ser citados, mas sem maior aprofundamento em relação ao caso concreto.

Segue-se gráfico com a quantidade de citações nas decisões de normas, doutrina, precedentes, e dos conceitos estudados. Possivelmente, demonstra-se um maior esforço argumentativo do STF, STJ e do TJRS, nessa ordem, em termos de reconstrução jurídica pela norma, doutrina e jurisprudência. O STF, inclusive, utilizou, em todas as decisões, dos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade, que ele mesmo ressaltou na ADPF 45. O TJSP, por outro lado, parece fundamentar de maneira mais rasa suas decisões, pela pouca utilização dos conceitos investigados e citação de fontes do Direito.



O que se vê nos julgados, de maneira geral, é que o direito social é concedido, especialmente, no caso da saúde e da educação infantil. A defesa estatal por meio da reserva do possível é rejeitada, sem maiores análises da situação fática de viabilidade orçamentária,

bem como das políticas públicas em andamento. Já o conceito de razoabilidade do pedido do autor e irrazoabilidade da conduta da Administração raramente faz parte da fundamentação de maneira expressa.

É certo que nenhuma dessas decisões foi prolatada na vigência do CPC/15, que impõe o dever de fundamentação minucioso nos termos do art. 489, § 1º, especialmente quando se controverte conceitos jurídicos indeterminados. O autor dessa dissertação não acredita que as decisões sejam nulas por ausência de fundamentação, nos termos do art. 93, IX. Entretanto, a fundamentação mais elaborada traria maior segurança jurídica, aperfeiçoando o precedente. O exame do caso concreto, que é necessário para o uso das técnicas de *distiguishing* ou *overruling*, poderia e deveria ser mais expresso e sofisticado.

Na maioria dos julgados, outros temas do controle costumam ser mais discutidos, como a separação de poderes e o controle da discricionariedade administrativa.

No TJ-SP, ressalta-se, as Súmulas 63 e 65 tendem a fulminar com facilidade eventuais teses defensivas da Administração, já que estabelecem *a priori* a vaga educacional ou o fornecimento de medicamentos como pedido razoável, e a sua não concessão pela Administração como irrazoável. É possível que o TJ-SP tenha entendido, também *a priori*, que as omissões do Poder Público nesse aspecto tratar-se-iam de violação do mínimo existencial, e qualquer alegação de reserva do possível não seria considerada.

Do acompanhamento das decisões do STF, pode-se afirmar que a jurisprudência caminhou para atuação mais participativa do Judiciário no âmbito dos direitos sociais. A Corte Suprema delimitou várias premissas na busca da solução do impasse entre a escassez de recursos e a efetividade dos direitos sociais, mas se acredita que ainda não encontrou a medida adequada para aplicar essas premissas às situações concretas.

Entende-se que cabe aos julgadores, de todos os tribunais analisados, perceber que a invocação meramente teórica dos institutos, destituída de proximidade com a realidade dos fatos (e respectiva fundamentação), não é capaz de surtir os efeitos desejados de segurança jurídica na formação dos precedentes.

Dito isso, pode-se dizer que as hipóteses iniciais foram confirmadas.

Comumente, as decisões utilizam-se dos critérios de racionalização do controle judicial trazidos da ADPF 45, tanto que ela é reiteradamente citada, especialmente nos Tribunais Superiores. Entretanto, esses conceitos jurídicos indeterminados não são devidamente fundamentados, especialmente em conjunto com os fatos concretos da causa.

Nos Tribunais inferiores, todavia, muitas vezes esses conceitos não são nem citados, como dito. No TJRS, por exemplo, há casos em que o Estado é obrigado a fornecer

medicamento não incluído nas listas do SUS com a mera apresentação de prescrição médica. A violação do mínimo existencial, da reserva do possível e a existência de razoabilidade no pedido não são situações debatidas.

Quando os conceitos são citados, em geral, as decisões entendem que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, pois acarretaria na violação da dignidade da pessoa humana e na ineficácia das normas constitucionais. As decisões entendem que se o mínimo existencial está sendo violado, a ação ou omissão da Administração é irrazoável, logo o pedido é razoável.

A jurisprudência dos tribunais, de maneira geral, é coesa para conferir o pedido ao autor da ação, especialmente em caso de violação do direito à saúde e à educação infantil. O Judiciário entende que está autorizado a intervir no caso de ações ou omissões inconstitucionais dos demais poderes, para implementar ou corrigir políticas públicas.

Certas alterações legislativas propostas pelo PL 8058/14 não são utilizadas *de lege lata* nas decisões, pois, em geral, os fatos que envolvem a causa e a situação da política pública não são exaustivamente debatidos. Algumas decisões ainda concedem prestações, em processos individuais, que extrapolam o mínimo existencial.

Diante do quadro, entende-se conveniente a aprovação do PL, ou, ao menos, o aprofundamento da discussão sobre essas questões, especialmente pelo STF, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro.

Dito isso, o estudo espera ter demonstrado a necessidade de aprofundamento no dilema entre a efetividade das políticas públicas e a escassez de recursos. Almeja-se que a judicialização dos direitos sociais seja garantida da maneira mais equitativa, justa e sustentável possível. Sem ambicionar o que não convém, a pesquisa aspira ter contribuído para o desenvolvimento do tema.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. A necessária compreensão hermenêutica para correta aplicação do art. 927 do CPC/2015. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al (Org.*). Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2015. p. 9-15.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do *stare decisis* ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: DIDIER JUNIOR, Fredie Didier et al (Org.). *Precedentes*. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 399-403.

ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante - A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.*). Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012, p. 491-552.

ABBOUD, Georges. Premissas fundamentais para o correto uso da proporcionalidade no direito. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, 2012, 144-153.

ABBOUD, Georges. STF vs. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 921, p. 191-214, 2012.

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial:* o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. Colisão de normas: distinção entre ponderação e juízo de ponderação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 203, p. 165-183, jul.-set. 2014,

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.217, jul./set.1999.

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

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Estado de Direito e Ativismo Judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 868, p. 53-68, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENHART, Sérgio. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: Rodrigo Mazzei; Rita Dias Nolasco. (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504-527.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 59, p. 67-85, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. *Revista de Processo Comparado*, v. 2, p. 211-232, 2015.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO; Roseni. *Judicialização da saúde no Brasil*: dados e experiência. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

ASSIS, Araken de. O *contempt of court* no direito brasileiro. *Revista Jurídica* (Lisboa), Porto Alegre, v. 318, p. 07-23, 2004.

ÁVILA, Humberto. Princípios e regras e a segurança Jurídica. *Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 313-330, 2011.

ÁVILA, Humberto. Razoabilidade: definição e aplicação. In: Fábio Medina Osório; Marcos Juruena Villela Souto (Org.). *Direito Administrativo* - Estudo em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 429-439.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, 1999.

ÁVILA, Humberto. Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 369-384, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, 2005.

BADIN, Arthur. *Controle judicial das políticas públicas*: contribuição ao estudo do estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, v. 21, p. 123-160, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões. In: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Luiz Guilherme Marinoni; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 2, p. 143-165.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana (2002). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 82-103, abril/ junho 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 12, p. 86-137, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: George Salomão Leite (Org.). *Dos princípios constitucionais:* considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101-133.

BARROSO, Luís Roberto. *Direitos sociais em debate*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Ingerência constitucional do judiciário na vida política brasileira: o ativismo judiciário, a judicialização da política e o novo enfoque do mandado de injunção. *Anais de Conferência dos Advogados do Distrito Federal*, v. 06, p. 86-97, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis* (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares (Org.). *Estudos de Direito Constitucional* - Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: LTr, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Americanização do direito constitucional e seus paradoxos:* teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Belo Horizonte: *Fórum*, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov.2005.

BARROSO, Luis Roberto. Políticas públicas e o Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, p. 29-38, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*: influência do direito material sobre o processo. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDÉ, Américo Freire Junior. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: Maria Paula Dallari Bucci (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 3, p. 171-183, 2003.

BERIZONCE, Roberto Omar. *Los conflitos de interés publico en Argentina*. 2014. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?textos-importantes

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury vs Madison. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 10, p. 427-448, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito em um contexto de mudança: políticas sociais e políticas públicas como desafios ao poder do Estado. *FMU Direito*, v. 28, p. 25-29, 2006.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otávio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: uma aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (2008). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 217-263.

BODNAR, Zenildo. O dever fundamental de proteção do ambiente e a democratização do processo judicial ambiental. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/direito_ambiental_zenildo_bodnar.pdf

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

BRASIL JR., Samuel Meira. Os limites funcionais do Poder Judiciário na teoria sistêmica e a judicialização das políticas públicas. *Revista de direitos e garantias fundamentais* (FDV), v. 7, p. 97-131, 2010.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Tutela judicial dos interesses metaindividuais*: ações coletivas. Secretaria de Reforma do Judiciário, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo*, v. 9, p. 7-16, 2009.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BURGO, Vitor. *O impacto do federalismo fiscal no processo de controle jurisdicional de políticas públicas*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. A emergência do Poder Judiciário como contraponto ao bloco monocolor Legislativo/Executivo: o exame do quadro brasileiro, tendo por base a reforma política realizada quase por inteiro pelos tribunais superiores. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 99-123.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. O controle da omissão legislativa e administrativa. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*, v. XIII, p. 155-169, 2004.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. T*ragic choices: the conflict society confront in the allocation of tragically scarce resources*. New York and London: W. W. Norton & Company, 1978.

CALANDRA, Henrique Nelson; ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. Breves reflexões sobre a efetividade do processo e o papel do Juiz no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t.1, p. 211-218, abr./jun. 2011.

CALIMAN, Pedro Augusto. O Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais: implicações à separação de poderes. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CÂMARA, Alexandre. O *contempt of court* brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. In: Fábio Costa Soares (Org.). Acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-15.

CAMBI, E. A. S. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do artigo 373, par. 1o. e 2o., do NCPC. *Revista de Processo*, v. 246, p. 85-112, 2015.

CAMBI, E. A. S.; BUENO, F. B. S. Segurança jurídica e efetividade processual. *Revista dos Tribunais Sul*, v. 4-5, p. 175-190, 2015.

CAMBI, Eduardo. Jurisimprudência: a independência do juiz ante os precedentes judiciais como obstáculo à igualdade e a segurança jurídicas. *Revista de Processo*, v. 231/2014, p. 349-363, mai/2014.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, v. 786/2001, p. 108 – 128, abr./2001.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo; GIORGI, R. Estado de Coisas Inconstitucional. *Jornal O Estado de São Paulo*, v. 44531, p. A2, 2015.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os tribunais e o sistema jurídico*. In: Luís Eduardo Schoueri (Org.). Direito Tributário - Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 45-56.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. Salvador: Juspodvim, 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A *efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo:* o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a "reserva do possível". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia *fuzzy* e camaleões normativos na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*? Porto Alegre: Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *The Law-Making Power of the judge and limits*: a comparative analysis. Monash University Law Review, v. 8, n. 1, p. 14-67, sep. 1981.

CARMONA, Carlos Alberto. *Jurisprudência*: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. *Proporcionalidade e Processo*: A garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 107-125.

CARVALHO, Filipe Augusto Lima Hermanson. *O mínimo existencial e a judicialização dos direitos sociais*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas*: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASTRO, S. H. R.; GUERRA, E. M. Impacto deslocativo no orçamento público em face de decisões judiciais. In: GUERRA, Evandro Martins; CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos (Org.). *Controle Externo*: estudos temáticos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 9-45.

CASTRO, Sebastião Helvecio Ramos. *Impacto deslocativo no orçamento estadual em face de decisões judiciais*. IV Prêmio SOF de Monografias. Belo Horizonte, 2010.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean. *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, Vozes, 2010, p. 295-316.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, May 1976, n. 7, pp. 1281-1316.

CHIEFFI, Ana Luiza; CORREA, Maria Cecília Filho; FILHO, Michel Naffah. S-Codes: um novo sistema de informação sobre ações judiciais da Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo. *Boletim BEPA*, v. 7, n. 84, p. 18, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Bookseller, 2008.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (coord.). A *Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 17-42, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 54, p. 28-39, 2006.

CLÉVE, Clémerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*: Curitiba, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: Winfried Jung (Org.). *A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário*. Debates. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, v. 20, p. 208-219.

COMPARATO, F. K.; PINTO, E. G. *Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), 2015.

COMPARATO, F. K.; TORRES, H. T.; PINTO, E. G; SARLET, I. W. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação*: mínimos inegociáveis. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de inconstitucionalidade de políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. de 1998.

COMPARATO, Fabio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos Humanos*: visões contemporâneas. Associação Juízes para a Democracia: São Paulo, 2001.

CORRÊA, Luiza Andrade. *A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. A tutela coletiva e a proteção dos direitos fundamentais. *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 68, n. 7, p. 796-800, jul. 2004.

CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. Outros limites ao controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) O *controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA, Flavio Dino de Castro e. *A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil:* o poder, o controle social e o orçamento público. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 119-155.

COSTA, Luciana da Silva. *A revisitação do princípio da separação de poderes:* dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *O processo em perspectiva*. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 345-370.

COSTA, Susana Henriques da. A participação popular nas escolhas públicas por meio do Poder Judiciário: o papel das ações coletivas. In: LIVIANU, Roberto (Org.). *Justiça, Cidadania e Democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo e Movimento do Ministério Público Democrático, 2006, p. 199-206.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no município de São Paulo. *Civil Procedure Review*, v. 7, p. 38-68, 2016.

COSTA, Susana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Nacional (Brasil). *Civil Procedure Review*, v. 4, p. 70, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns procedimentos do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: Carlos Ari Sundfeld e Guilherme Jardim Jurksaitis (Org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros-SBDP, 2015, p. 447-480.

COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana. M. (Org.). *Jurisprudência Constitucional* - como decide o STF? São Paulo: Malheiros, 2009.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz; Luís Otavio Sequeira de Cerqueira; Luiz Manoel Gomes Junior. (Org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:* estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008,

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O regime do precedente judicial no novo CPC. *Revista do Advogado*, v. 35, p. 143-151, 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 97-132.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
CUNHA, Alexandre dos Santos. E*studos empíricos em Direito no Brasil:* produzindo conhecimento sobre o Direito e o sistema de Justiça. Diálogos sobre Justiça, p. 33-38, 2014.
CUNHA, Alexandre dos Santos; DA SILVA, Paulo Eduardo. *Pesquisa empírica em direito.* Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Controle judicial do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 32-45, 2000.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. *Emory Law Journal*, Emory University School of Law Gambrell Hall, Atlanta, Georgia 30322, v. 50, n. 2, p. 562-611, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Sueli. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis* (UERJ. Impresso), v. 20, p. 57-75, 2010.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DANIEL, Juliana Maia. *O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas.* Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.
DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de velar por sua uniformização e estabilidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 190, p. 61-73, 2011.

DANTAS, Bruno. Dever dos Tribunais de Uniformizar e Concretizar a Estabilidade, Integridade e Coerência de sua Jurisprudência. In: Claudio Lembo; Monica Herman Caggiano; Manoel Carlos de Almeida neto. (Org.). *Juiz Constitucional*: Estado e poder no Século XXI: homenagem ao Ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-79.

DANTAS, M. N. R. A Importância do Controle da Administração Pública no Contexto Atual do Direito Público. *Juris rationis* (UnP), v. 1, p. 165-171, 2006.

DELLAGNEZZE, René. O constitucionalismo e o neoconstitucionalismo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 135, abr. 2015.

DEMAREST, Maria Verônica Melo; ESPER, Vivian Maria; MOLIN, Carina Dal. Os provimentos judiciais para intervenção em políticas públicas: obrigações de fazer e não fazer, tutela antecipada e sentença condenatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, p. 9-24, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* (1987). 15. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 25, n.100, p. 166-185, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

DIVER, Colin S. The judge as political powerbroker: superintending structural chance in public institutions. *Virginia Law Review Anual Index*. The Virigin Law Review Association Charlottesville, Virginia, v. 65, p. 43-105, 1979.
.
DUARTE, Ricardo Cesar. *A utilização de audiências públicas no Judiciário*: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Duran, Camila Villard. *Como ler decisões judiciais*? Banco de materiais: Ensino Jurídico Participativo - FGV Direito SP, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*: The theory and practice of equality: London: Harvard University Press, 2000.

EDWARDS, Linda L. *Practical case analysis*. West, St. Paul, 1996.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. The Supreme Court as a strategic national policymarker. *Emory Law Journal*, Emory University School of Law Gambrel Hall, Atlanta, Georgia 30322, v. 50, n. 2, p. 583-611.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERNANDES, Gabriel de Carvalho. A *construção da legitimidade institucional do Supremo Tribunal Federal no julgamento de políticas públicas relativas a direitos sociais*. Monografia. Sociedade Brasileira de Direito Público, 2014.

FERRARESI, Eurico. *Modelos de processos coletivos*: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FERRARESI, Eurico. O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) O *controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, março/abril/maio 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana*. Osasco: Edifieo, 2008.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O descumprimento da Constituição pelos poderes constituídos e seus reflexos institucionais no Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, v. 19, p. 95-127, 2015.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais. 2. ed. Osasco: EDIFIEO, 2015.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Proteção jurisdicional da omissão inconstitucional dos poderes locais. *Revista Mestrado em Direito* (UNIFIEO), Osasco SP, v. 5, p. 157-210, 2005.

Ferraz, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados* (Rio de Janeiro), v. 52, p. 223-251, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. XII, p. 189-197, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 29, p. 35-44, jun. 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos gerais da atuação do Poder Judiciário brasileiro no processo político. *Revista Jurídica da FA7*, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário na ordem constitucional. *Revista do Advogado*, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os Direitos Fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. In: *Revista de Direito Administrativo*, 1996.

FERREIRA, Camila Duran; PUCCI, R. D. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. O caso da AIDS. In: IPEA (Org.). *Monografia IPEA*. Brasília: IPEA, 2004, p. 387.

FERREIRA, Eber de Meira. *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014.

FERREIRA, Éder. As ações individuais no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA, Patrícia Cândido Alves. *Direito fundamental à saúde*: a questão de sua exigibilidade. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FISS, Owen. *Um novo Processo Civil*. Estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. São Paulo: Editora, Revista dos Tribunais, 2004, p. 58

FLORES, Carlos Arruda. Parâmetro para o controle judicial da discricionariedade. *Revista eletrônica direito e política*, v. 9, n. 1, jan-abr 2014, p. 382-406

FRANÇA, Giselle de Amaro e. *O processo judicial decisório e as políticas públicas de saúde a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, v. 950/2014, p. 199

FREITAS, Juarez. O *controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. *Universita Jus*. n. 21, jul./dez. 2010.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas*: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o Poder Público. *Revista de Direito Renovar*, p. 13-32, 2004.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci. Hipóteses e Metodologia de Pesquisa. In: Luciana Gross Cunha; Daniela Monteiro Gabbay (Org.). *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário*: uma análise empírica. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-39.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilização procedimental: razoabilidade ou excesso de poder do juiz? *Revista Bonijuris*, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexiblização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: Hermes Zaneti Jr. (Org.). *Repercussões do Novo CPC*: processo coletivo. Salvador: Juspodvm, 2016, p. 133-156.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no Novo CPC. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 2, p. 1129-1159, 2013.
GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de direito*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 49, jan 2008.

GARCIA, Rafael Barreto. *O Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil:* análise doutrinária e evolução casuística. Revista dos Tribunais, a. 98, v. 879, p. 62-98, jan. 2009.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAVONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: RT, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas*. 2016. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/aid=37.html?shop_cat=1_6&shop_detail=56

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle difuso da constitucionalidade e a coisa julgada erga omnes das ações coletivas. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 45, p. 56-58, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Política pública deve ser discutida em ação coletiva*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípio da proporcionalidade. Coisa Julgada e justa indenização. *O Processo* – Estudos e Pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional

GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pinto (Coord). *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*: relatório de pesquisa. São Paulo: CEBEPEJ e FGV, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SPINOLA, Grasielly de Oliveira. The Brazilian judiciary as an organ of political control. *Panorama of Brazilian Law*, v. 2, p. 15-32, 2014.

GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial*: uma análise comparativa no direito constitucional brasileiro e norte-americano. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos do governo. *Revista de informação legislativa*, v. 46, n. 182, p. 7-16, abr./jun. de 2009.

IENSUE, Geziela; SGARBOSSA, Luís Fernando. Análise da constitucionalidade das ações afirmativas em face do princípio isonômico através do princípio da proporcionalidade. *Jus Navigandi* (Teresina), v. 1309, p. 1, 2007.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin, A "reserva do possível": obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE: Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 237-283.

KELSEN, Hans (1881-1973). *Teoria pura do Direito* (1934). 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KHAMIS, Renato Braz Mehanna. A proporcionalidade no Direito brasileiro: algumas reflexões. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, n. 40, jan.-mar. 2013, p. 89-107.

KRELL, Andreas Joachim Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). *A Constituição Concretizada / Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25

KRELL, Andreas Joachim. O Judiciário brasileiro no caminho certo: em defesa de um ativismo judicial moderado para efetivação dos direitos sociais da Constituição de 1988. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; RAMOS, Dircêo Torrecillas (Org.). *Estudos sobre o Direito Constitucional contemporâneo*. Ilhéus, Editora da UESC, 2014, p. 123-182.

KRELL, Andreas Joachim. Para além do fornecimento de medicamento para indivíduos - O exercício da cidadania jurídica como resposta a falta de efetivação dos direitos fundamentais sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: FEITOSA, Enoque et al (Org.). O *Judiciário e o discurso dos direitos humanos*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2012, v. 2, p. 135-179.
KRELL, Andreas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LAGE, Lívia Regina Savergnini Bissoli. Políticas públicas como programas e ações para o atingimento dos objetivos fundamentais do Estado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2. ed. 2013.

LEONARDI, Nilva M. Antonio. Os limites do judiciário no controle de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) O *controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LEONEL, R. B. Supremo Tribunal Federal, políticas públicas e processo coletivo. *Cadernos de Direito* (UNIMEP), v. 12(22), p. 7-22, 2012.

LIMA, Felipe Bragantini de. *Execução judicial de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

LINS, Liana Cirne. A Judicialização da Saúde e Tutela Individual: uma crítica processual sobre a concretização excludente dos direitos sociais. *Revista de Direito do Estado*, v. 01, p. 273-292, 2010.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de informação legislativa*, v.46, nº 182, p. 51-74, abr./jun. de 2009.

LINS, Liana Cirne. A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: Um Enfoque Processual Sobre a Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista de Direito do Estado*, v. 12, p. 223-262, 2008.

LINS, Liana Cirne. Da titularidade à cotitularidade dos direitos fundamentais sociais: pressuposto à adequação procedimental da sua tutela. *Nomos* (Fortaleza), v. 33, p. 147-164, 2013.

LOPES, José Reinado de Lima. *Direitos sociais* - teoria e prática. São Paulo: Editora Método Ltda., 2006.

LOPES, João Batista. Tutela antecipada no *processo civil brasileiro* (2001). 2. ed. São Paulo: Saraiva 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (2008). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 155-173.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. *Revista de informação legislativa*, v. 31, n. 122, p. 255-265, maio/jul. 1994.

LUCON, P. H. S. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: SILVEIRA, Renato de Mello; RASSI, João Daniel. (Org.*). Estudos em Homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 473-481.

LUCON, P. H. S. Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC. *Revista do Advogado*, v. 126, p. 169-174, 2015.

LUMIA, Giuseppe. *Controllo sociale, giurisdizione e libertá*. Milano: Giuffrè, 1960.

LUNA, Ana Claudia Vergamini. *Direitos sociais:* controle jurisdicional de políticas públicas, limites e responsabilidades. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

LUNELLI, G; ABBOUD, G. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. *Revista de Processo*, v. 242, p. 19-46, 2015.

MACEDO, Cristiane Branco. *A legitimidade e a extensão do controle judicial sobre o processo legislativo no Estado Democrático de Direito*. Dissertação (mestrado) -- Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2007.

MACHADO, Maira Rocha. Pesquisa Empírica em Direito: os limites dos métodos e o ganho dos debates públicos. *Série Pensando o Direito*, v. 50, p. 80-90, 2013.

MACIEL, Alvaro dos Santos. O delineamento histórico-jurídico das ações afirmativas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov. 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. Ação civil pública. p. 706-751. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição. São Paulo: RT, 2003.

MARCHESAN, Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. *RT*, v. 87, n. 749, p. 82–103, mar. 1998.

MARGRAF, A. F. ; CAMBI, E. A. S. . Judicialização da política - A disputa entre Judiciário e Legislativo pelo monopólio da última palavra. *Revista dos Tribunais Sul*, v. 3, p. 67-85, 2014.

MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do Direito Penal:* análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal entre 2011-2012. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Julgamento Colegiado diante do Precedente. *Revista de Processo Comparado*, p. 164-189, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC). *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, p. 5-33, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. *Revista do Ministério Público* (Rio de Janeiro), 47, p. 181, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme A função das Cortes Supremas e a elaboração do precedente. In: MENDES, Aloisio Gonçalves de Castro (Org.). *O novo Código de Processo Civil.* Emarf/RJ: Rio de Janeiro, 2016, p. 101-110.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante: A Ênfase à *Ratio Decidendi* e à Força Obrigatória dos Precedentes. In: Rita Quartieri (Org.). *Em Defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos Conceitos de *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum* no Direito Brasileiro. In: Juliana Cordeiro de Faria. (Org.). *Processo Civil* - Novas Tendências. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 599-628.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 227-248.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). *A Força dos Precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 211-226.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração. *Fórum Administrativo*, v. 2, n.14, p. 470-473, 2002.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Os Grandes Desafios do Controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 100, p. 7-30, 2010.
MARQUES, Silvia Badim. *A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica*: o caso do Estado de São Paulo. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2007.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do Direito à Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, p. 65-72, 2008.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 379-424.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Saraiva: São Paulo, 1996.

MAZZOTI, Marcelo. *Jurisdição constitucional e ativismo judiciário:* análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MCCLOSKEY, Donald N. The Rhetoric of law and economics. Michigan: *Law Review*. V. 86, n. 4, 1988.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson. (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 79-89.

MEIRELLES, Hely Lopes (1917-1990). *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo* (1993). 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2. ed. 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 163, p. 312-320, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.* Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando; ZAGO, Mariana. A. S. Controle de políticas públicas pelo poder judiciário: breves ideias a partir do modo de estruturação da jurisdição. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Org.). *Direito da regulação e políticas públicas.* São Paulo: Malheiros, 2014, p. 91-103.

MIOZZO, Pablo Castro. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Previsão Constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. *Revista Destaque Jurídico*. São Paulo: Conceito editorial. v. 9, n. 1, p. 55-79, 2010.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas* - Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. *Revista de Processo*, v. 206, p. 61-78, 2012.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes* - da Persuasão à Vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 245, p. 333-349, 2015.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, v. 243, 2006.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*: uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In *Temas de direito processual*, segunda série. São Paulo:

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. *Temas de Direito Processual*, quarta série, São Paulo: Saraiva, 1989.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NASCIMENTO, Luiz Alberto do. *O déficit democrático do controle judicial de políticas públicas.* Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Jurisdição constitucional*: Limites ao subjetivismo judicial. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOJIRI, Sérgio. *Neoconstitucionalismo versus democracia*: um olhar positivista. Curitiba, Juruá, 2012.

NOTA TÉCNICA. *Inconstitucionalidade do congelamento dos pisos da saúde e da educação na PEC 241/2016*: responsabilidade fiscal deve visar ao custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. Disponível em: http://www.financiamentodosdireitosfundamentais.com/2016/10/nota-tecnica-inconstitucionalidade-do.html

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito e Política*, v. XIII, p. 67-70, 2007.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. Judicialização da política e ativismo judicial: uma distinção necessária. *Revista Jurídica Consulex*, v. 19, p. 56-57, 2015.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O ativismo do STF. *Revista Jurídica Consulex*, v. 15, p. 24-25, 2011.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 178, p. 157-179, abr./jun. 2008.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites. *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 127, p. 207-221, jul./set. 1995.

NUNES, Dierle José Coelho. *Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra.* Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 1, p. 1-2, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), v. 92, p. 70-95, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre G. M. F. Public interest litigation and co-participative judicial enforcement of public policies. *Civil Procedure Review*, v. 5, p. 20-58, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre G. M. F. A brief discussion of the politicization of the judiciary and the view of its application in Brazilian law. *Verfassung und Recht in Übersee*, v. 3/2011, p. 289-460, 2011.

OLIVEIRA, Daniela Fernandes. O princípio da proporcionalidade frente aos fenômenos civis pós-modernos. *Revista dos Tribunais*, v. 104, n. 952, fev. 2015, p. 59-84.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Os Desafios de Ensinar Metodologia de Pesquisa Empírica no Direito. In: Joaquim Falcão. (Org.). *Cadernos Direito Rio Laboratório de Experiências Didáticas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011, v. 6, p. 69-103.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Administração Pública Democrática e Efetivação dos Direito Fundamentais.* Direitos Humanos e Democracia: intercorrências. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 307-329.

OLIVEIRA, Júlio Cesar de. *Direitos sociais em juízo*: execução judicial e o desafio da efetividade da tutela jurisdicional coletiva. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

OMMATI, José Emilio Medauar. O princípio da proporcionalidade e a Constituição como ordem concreta de valores. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 15, n. 58, jan.-mar. 2007, p. 109-128

ONODERA, Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório Mundial de Saúde 2010:* Financiamento dos Sistemas de Saúde: o caminho para a cobertura universal. Genebra, 2010.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Mariana. *Metodologia jurídica:* um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Como organizo informações da jurisprudência que leio? In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Mariana. *Metodologia jurídica:* um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição.* São Paulo: RT, 2004.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. O uso estratégico da jurisprudência na advocacia empresarial. In: CARMONA, Carlos Alberto; AMENDOEIRA JR, Sidnei. *Estratégias processuais na advocacia empresarial.* São Paulo: Saraiva, 2011.

PASSADORE, Bruno Almeida. *Precedentes e uniformização de jurisprudência*: uma análise crítica. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. O controle da administração pública na nova constituição brasileira. *Revista de informação legislativa*, v. 26, n. 103, p. 27-46, jul./set. 1989.

PEREIRA, Bruno Ramos. *O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal* – análise dos votos do ministro Gilmar Mendes (2004-2006). Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

PEREZ, M. A. Controle da Administração Pública no Brasil: um breve resumo do tema. *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 1, p. 69-74, 2016.

PEREZ, M. A. O papel do poder judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 3, p. 237-246, 1995.

PINTO, E. G. Controle das políticas governamentais e qualidade dos gastos públicos: a centralidade do ciclo orçamentário. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 33, p. 8-12, 2015.

PINTO, E. G. Controle judicial do ciclo orçamentário: um desafio em aberto. *Interesse Público* (Impresso), v. 17, p. 199-226, 2015.

PINTO, E. G. *Controle judicial dos orçamentos públicos em prol dos direitos fundamentais*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), 2016.

PINTO, E. G. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFE*, v. 3, p. 71-100, 2014.

PINTO, E. G. *Judicializar o orçamento aprimorará as políticas públicas*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), 2014.

PINTO, E. G.; MAGALHAES, G. A. (Org.). *Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES FILHO, Valmir. *O controle das políticas públicas*: cadernos de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1972.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da Administração Pública*. RCS Editora, 2005.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. A lógica do razoável na teoria da interpretação jurídica. *Justiça e Democracia*, São Paulo, v. 1, p. 122-151, 1996.

PRADO, Lidia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed. Campinas: Millennum, 2009.

PRETZEL, Bruna Romano. *O interesse público no Supremo Tribunal Federal:* legitimidade e governabilidade na suspensão de decisões judiciais. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Incidente de resolução de demandas repetitivas* (IRDR). Brasília: OAB Conselho Federal, 2016, p. 98-100.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia Jurídica*. Passo a Passo: projeto, pesquisa, redação e formatação. São Paulo: GEN - Método, 2015.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Mariana. *Metodologia jurídica*: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto. In: André Ramos Tavares e Walter Claudius Rothenburg. (Org.). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001, p. 109-127.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: a Efetivação dos Direitos Sociais à Luz da Constituição Brasileira de 1988. *Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo*, v. 102, p. 327-356, 2007.

RAMOS, Luciana de Oliveira. O uso dos precedentes pelo STF em casos de fornecimento de medicamentos. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana (Org.). *Jurisprudência Constitucional*: como decide o STF? São Paulo: Malheiros, 2009.
RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. O Ministério Público e a efetividade das políticas públicas. *Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, ano 24, n. 288, p. 4-7, São Paulo: Editoral Lex S.A., dezembro 2002.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. A reserva de vagas nas universidades públicas. *BDA: Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n.9, p. 699-701, 2001.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Autonomia Universitária* - As Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988. 2. ed. São Paulo: imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988:* comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MORAES, Alexandre de. (Org.). Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009, p. 183-200.

REIS, Luciana Silva. Modelos de pesquisa de jurisprudência: limites e potencialidades. Disponível em: http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Luciana-Silva-Reis.pdf

RESENDE, Fabricio Contato Lopes. *O papel do poder judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil*: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

RIBEIRO, Leandro Molhano. Estudos Empíricos no Direito: questões metodológicas. In: José Ricardo Cunha. (Org.). *Poder Judiciário*: novos olhares sobre gestão e jurisdição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: Teoria e prática (2002). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Walter Piva. O Princípio da Colegialidade das Decisões nos Tribunais. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 1, p. 176-178, abr. 2003

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*? Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROMA, Zillá Oliva. *Tutela jurisdicional e direito à saúde*: análise crítica. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSA, Viviane Lemes da. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, v. 2, n. 9, jun. 2014, p. 113-141.

ROZAS, Luiza Barros. *Direito à moradia: âmbito, limites e controle no ordenamento jurídico nacional.* Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

RUBIM, Thiago Freitas; BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. In: Lenir Santos; Fernanda Tarrazas (Org.). *Judicialização da saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2014, p. 331-365.

SÁ, Maria Célia Delduque Nogueira Pires de. *Controle judicial da política pública de vigilância sanitária:* a proteção da saúde no Judiciário. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O Precedente Jurisdicional Vinculante e sua Força no Brasil. *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 85, p. 51-72, 2010.

SABINO, Marco Antonio da Costa. O processo judiciário como meio de tomada de decisões (sempre?). *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 75, p. 61-76, 2009.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Políticas públicas, Judiciário e saúde*: limites, excessos e remédios. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Saúde & Judiciário*: a atuação judicial – limites, excessos e remédios. Curitiba: Juruá, 2016.

SADEK, Maria Teresa. A Pesquisa em Direito e a pesquisa em Ciências Sociais. In: Alexandre dos Santos Cunha; Paulo Eduardo Alves da Silva. (Org.). *Pesquisa Empírica em Direito*. Brasília: IPEA, 2013, p. 25-29.

SADEK, Maria Teresa. Judiciário e arena pública. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SADEK, Maria Teresa; OLIVEIRA, F. L. Estudos, pesquisas e dados em Justiça. In: Fabiana Luci de Oliveira. (Org.). *Justiça em Foco* - Estudos Empíricos. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 15-62

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011, p. 13- 27.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: Maria Clara Gozzoli; Mirna Cianci; Petrônio Calmon; Rita Quartieri. (Org.*). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos:* estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143-158.

SALLES, Carlos Alberto de. Duas faces da proteção judicial dos direitos sociais no Brasil. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro.* São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 177-191.

SALLES, Carlos Alberto de. Precedentes e jurisprudência no novo CPC: novas técnicas decisórias? In: *O Novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo:

SALLES, Carlos Alberto de. Processo Civil de Interesse Público. In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). *Processo Civil e Interesse Público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39-77.

SALLES, Carlos Alberto. *Class actions*: algumas premissas para comparação. *Revista de Processo*, v. 34, n. 174, p. 215-236, ago. 2009.

SALLES, Carlos Alberto. *Injunctions e contempt of court* em defesa do meio ambiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Org.). *Tutela Coletiva* - 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos - 15 anos do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas Públicas e a Legitimidade para defesa de interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo* 121, ano 30, n. 121, p. 38-50. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março de 2005.

SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz: In: MOFFIT, Michael; BORDONE, Robert. *The handbook of dispute resolution*. San Francisco, Jossey-Bass, 2005, p. 386-399.

SANTANA, Izaias José de. *O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde*. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SANTOS, A. O.; MARQUES, Silvia Badim. A abordagem de aspectos jurídicos na Audiência Pública da Saúde do Supremo Tribunal Federal. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, v. 03, p. 02-24, 2014.

SANTOS, Clinton Guimarães dos. *Tutela jurisdicional aos direitos sociais*. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SANTOS, Fernando. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e o controle das políticas públicas à luz da teoria dos princípios. *Revista de informação legis*lativa, v. 44, n. 175, p. 219-232, jul./set. 2007.

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 44, n. 173, p. 271-284, jan./mar. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma*

do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007.
SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais (Sociais) e a Assim Chamada Proibição de Retrocesso: Contribuindo para uma Discussão. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB*, v. 01, p. 769-820, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema público e privado. *Revista Gestão e Controle*, v. 01, p. 73-138, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. *Logos Veritas - Revista do Curso de Direito do CEULS/ULBRA*, v. 06, p. 117-138, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Direito e Justiça* (URI), p. 143-160, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível* (2008). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

SCAFF, Fernando Facury; NUNES, A. J. A. *Os tribunais e o direito a saúde no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 177, p. 257-264, jan./mar. 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando. Análise comparativa do construto da reserva do possível em sua formulação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e em sua aplicação pelo STF. In: Clèmerson Merlin Clève (Org.). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional.* Curitiba: Juruá, 2013, 109-141.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos;* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 7. ed. 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. RDE. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento. (Org.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: Ronaldo Porto Macedo Jr; Catarina Barbieri. (Org.). *Direito e interpretação*: racionalidades e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-630, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Um Voto Qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, p. 180-200, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 95-118, 2010.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. *O direito à educação de crianças e adolescentes*: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008). Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. Evolução do controle da atividade administrativa pelos Tribunais. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 184, p. 93-103, out./dez. 2009.

SOUZA, Caio Victório de Souza. *A motivação das decisões judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos pelo Estado*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SOUZA, Fernando Garcia. *Judicialização de direitos sociais:* o Judiciário como articulador interinstitucional no cumprimento de sentenças coletivas. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

STUMM, Raquel Denise. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Livraria do Advogado, 1995.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. W. W. Norton & Company: New York, 1999.

TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, n. 204, p. 1-7, abr./jun. 1996.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: função e estrutura. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, v. 34, p. 51-89, 2006.

TARDIN, Rodrigo Basseti. *O mínimo existencial como pressuposto da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória

TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, vol 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007.

TERRAZAS, Fernanda Vagas. *O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres*: o caso das demandas judiciais de medicamentos. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação do Direito brasileiro - Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. IV, p. 731-771, 2011.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da regulamentação de políticas públicas. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba-PR, v. 3, 2003.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. Juridicização da política. *Revista de informação legislativa*, v. 45, n. 177, p.95-112, jan./mar. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: n. 42, p. 69/70, julho-setembro 1990

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Constitucionalização das políticas públicas e seus reflexos no controle. *Fórum Administrativo*, v. 8, p. 7-21, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, v. 82, p. 7-19, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Estado de Coisas inconstitucional e bloqueios institucionais: desafios para a construção da resposta adequada. In: Carlos Bolonha; Luigi

Bonizzato; Fabiana Maia. (Org.). *Teoria institucional e constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 331-353.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Sindicar a omissão legislativa:* real desafio à harmonia entre os poderes. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle; AJOUZ, Igor. A concretização do direito fundamental à saúde: passos orientados pela audiência pública nº 4 no Supremo Tribunal Federal. In: Felipe Dutra Asensi; Roseni Pinheiro. (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 597-614.

VALLINDER, T; TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power*: The Judicialization of Politics. New York: New York University, 1995.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. *Judiciário e orçamento público*: considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

VECCHIA NETO, Berardino Di. *A judicialização da política*: o Poder Judiciário e a definição de políticas nacionais. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho et al. A pesquisa em direito e as bases eletrônicas de julgados dos tribunais. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, jan 2014, p. 105-139.

VENTURA, Nubia Regina. *O direito à saúde e a priorização da tutela coletiva*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

VERBIC, Francisco. El remedio estructural de la causa “Mendoza”: Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación. ANALES Nº 43 - *Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales*, 2013

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil:* o processo judicial no pós-1988. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil:* características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo. São Paulo, Saraiva, 2011.

VIECELLI, Roberto del Conte. *Tribunais, educação e política* - O ciclo da judicialização das políticas públicas em educação e seus efeitos indiretos externos: a análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de 1996 a 2011 sobre a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública / Journal of Public Health*, v. 41, p. 214-222, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade da jurisprudência como garantia do respeito à isonomia em matéria de políticas públicas. *Revista da Academia Paranaense de Letras Jurídicas*, v. 3, p. 143-154, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Políticas públicas e a ingerência do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 11, p. 133-146, 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. *Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

WATANABE, Kazuo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de janeiro: Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas: Mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). *O controle judicial de políticas* públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil* (1987). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo*, v. 36, p. 381-389, 2011.

WATANABE, Kazuo. Processo civil de interesse público: introdução. In: SALLES, Carlos Alberto de. (Org.). *Processo civil e interesse público*: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 15-21.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, v. 31, p. 28-35, 2006.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio G. de Castro (Org.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law:* uma análise de direito comparado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WERNECK VIANNA, L. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WICKHAM, Allissa. 5 Tips For Serving As A Successful Special Master. Disponível em: http://www.ccadr.com/wp-content/uploads/2014/07/Special-Master-Article.pdf

YARSHELL, Flávio. Tutela jurisdicional. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

YIN, Robert. *Estudo de caso*: planejamento e métodos. 2. ed. Porto Alegre: Bookmam, 2001.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Cortes Supremas e Interpretação do Direito. In: Isabel Gallotti; Bruno Dantas; Alexandre Freire; José Miguel Garcia Medina. (Org.). *O Papel da Jurisprudência no STJ*. São Paulo: RT, 2014.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZUFELATO, Camilo. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no novo CPC: aspectos gerais. In: BONATO, Giovani et al. *O Novo Código de Processo Civil*: questões controvertidas. São Paulo: Forense, 2015, p. 89-118.

ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 166-200.

ZUFELATO, Camilo; VENTURA, Núbia Regina. A Recomendação 31 do CNJ e sua vinculação pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. In: ASENSI, Felipe et al; (Org.). *Direito e saúde*: enfoques interdisciplinares. Curitiba: Juruá, 2013, p. 271-281.

ZUFELATO, Camilo. Ação coletiva passiva no direito brasileiro: necessidade de regulamentação. *Revista brasileira de direito processual*, v. 69, p. 203-208, 2010.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Org.). *O controle judicial de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 309-331.