

JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: ENTRE A CONCRETIZAÇÃO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Murilo Gasparado²¹⁵

Sumário: Introdução. 1 Constitucionalização dos Direitos Sociais e Judicialização das Políticas Públicas. 2 Política Nacional de Assistência Farmacêutica. 3 Judicialização do Fornecimento de Medicamentos X Política Pública de Assistência Farmacêutica. Referências.

Introdução

A judicialização das políticas públicas é um dos temas mais debatidos no âmbito do Direito Público, com destaque para o problema do fornecimento de medicamentos. O objetivo deste trabalho não é acrescentar ou repetir argumentos em defesa da atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais, como a supremacia da Constituição e seu direito/dever de guardá-la. Também não se pretende refurá-la, com base em suposta violação do princípio da separação de poderes, na ilegitimidade democrática deste tipo de interferência na Administração Pública, ou no caráter programático das normas que asseguram direitos sociais. Parte-se do pressuposto de que a atuação do Judiciário no campo das políticas públicas fundamenta-se da própria Constituição Federal de 1988 e, em um contexto de Estado intervencionista e crise das instituições representativas, é politicamente inevitável. Além disto, não obstante ainda persistam divergências na doutrina, esta é a posição consolidada na jurisprudência, ao menos no campo do fornecimento de medicamentos. Assim, o que se pretende analisar são os riscos decorrentes das decisões dos tribunais quanto ao fornecimento de medicamentos, quando não são considerados adequadamente os parâmetros estabelecidos pela política nacional de assistência farmacêutica e questões técnicas, socioeconômicas e orçamentárias, restringindo-se os critérios decisórios a elementos jurídico-formais e conferindo a este tipo de demanda, que, por sua natureza, envolve conflitos de natureza coletiva, o mesmo tipo de tratamento dos conflitos individuais. Isto porque, a judicialização do fornecimento de medicamentos pode significar, conforme a maneira como é processada, tanto a concretização como a violação do direito constitucional à saúde em sua dimensão coletiva, por comprometer a racionalidade da política pública, os critérios democráticos de distribuição de recursos escassos e a realização da justiça social. Para desenvolver esta discussão, apresentaremos, inicialmente, algumas considerações gerais sobre a constitucionalização dos direitos sociais e a judicialização das políticas públicas, a fim de circunscrever seu campo temático. Em seguida,

215 Professor Substituto de Ciência Política e Teoria do Estado do Curso de Direito da FCHS da UNESP/Campus de Franca. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP.

analisaremos o arcabouço normativo da política nacional de assistência farmacêutica. Por fim, tomando-se como parâmetros os dispositivos anteriormente analisados, e com apoio em um conjunto de estudos empíricos sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente a demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos, enfrentaremos o problema objeto deste trabalho.

1. Constitucionalização dos Direitos Sociais e Judicialização das Políticas Públicas

A partir da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, e, no caso brasileiro, da Constituição de 1934, observa-se um processo de constitucionalização dos direitos sociais²¹⁶.

A Constituição Federal de 1988 insere-se neste contexto, pois apresenta, juntamente com os já consagrados direitos dos trabalhadores, um amplo rol de direitos sociais²¹⁷: educação, saúde, alimentação²¹⁸, trabalho, moradia²¹⁹, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Além de enunciar tais direitos, a Constituição estabeleceu objetivos, princípios e diretrizes para orientar sua concretização²²⁰, por meio de uma atuação positiva do Estado²²¹, que se opera por meio das políticas públicas, entendidas, na expressão de Bucci (2006b, p. 39), como

[...] programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados²²² (BUCCI, 2006b, p. 39).

Como este tipo de atuação do Estado requer a mobilização de apoio político, a viabilização de recursos econômicos, a articulação da burocracia estatal e o envolvimento da sociedade, dentre outros fatores, e não simples atos decisórios ou de criação normativa²²³, a constitucionalização dos direitos sociais foi acompanhada por uma discussão na

216 Cf. José Afonso da Silva, 2001, p. 288 – 289. “Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal” (MORAES, 2005, p. 177).

217 Cf. art. 6º.

218 Incluído pela Emenda Constitucional n.º 64/2010.

219 Incluído pela Emenda Constitucional n.º 26/2000.

220 Cf. art. 193 a 232.

221 Cf. Bucci, 2006b, p. 2 – 3.

222 Cf. Bucci, 2006a, p. 241

223 Eis, portanto, “um dos dilemas do modelo constitucional dirigente: como garantir a efetividade do programa constitucional cujos pressupostos, especialmente econômicos, escapam ao poder de determinação normativa? Ainda mais num período de globalização, em que os rumos das economias nacionais são diretamente influenciados pelos grandes movimentos financeiros internacionais e a ação cogente do Estado nacional dentro de suas fronteiras perde força” (BUCCI, 2006a, p. 247).

doutrina sobre o caráter vinculante ou programático destas normas constitucionais²²⁴. Contudo, com a evolução da interpretação constitucional, firmou-se, majoritariamente, o entendimento segundo o qual se tratam de normas vinculantes para o Estado Legislador e Administrador, o implica a possibilidade de seu cumprimento ser exigido perante os tribunais²²⁵.

Portanto, de maneira geral, a explicação para a judicialização das políticas públicas se encontra na própria configuração do “Estado democrático-social, de perfil intervencionista”, o qual leva juízes e tribunais a atuarem na concretização do “programa que a Constituição delinheu prospectivamente”²²⁶ (RAMOS, 2009, p. 228 – 231). No caso brasileiro, observa-se, também, que a Constituição de 1988 e sua legislação complementar²²⁷ contribuíram com o crescimento da atuação política do Poder Judiciário²²⁸, por exemplo, pois ampliaram os legitimados para a propositura de ações de controle de constitucionalidade, instituíram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e alargaram o escopo da ação popular e da ação civil pública. Este fenômeno também é influenciado por um elemento de natureza política, qual seja, a ineficiência dos poderes representativos no cumprimento de seus papéis institucionais de concretização dos direitos sociais (o que faz com que a sociedade passasse a buscar no Judiciário um canal expressar estas demandas), e pelo movimento teórico denominado de “neonconstitucionalismo”²²⁹.

Não há razões, pois, para questionar “a possibilidade de submeter uma política pública a controle jurisdicional”, até porque o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garan-

224 De acordo com Jorge Miranda (1990, t. 1, p. 218, *apud*, MORAES, 2005, p. 9), normas programáticas “são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do de comandos-regras, explicitam comandos valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário principal – embora não o único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestida a plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição, pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo a que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados”.

225 Neste sentido, Bucci (2006b, p. 5 – 6) destaca que a grande mudança no paradigma do constitucionalismo após a Segunda Guerra Mundial, não reside apenas na ampliação da constitucionalização dos direitos, sobretudo os direitos sociais, mas, a “instituição dos Tribunais Constitucionais”, os quais, assim como o Poder Legislativo, passam a sediar “embates sociais por direitos”, institucionalizando-se os conflitos, afirmando-se, na expressão de Konrad Hesse, a “força normativa da Constituição”, ou seja, a “valorização da efetividade das normas constitucionais, não mais expressões simbólicas do pacto político, mas prescrições com força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado”.

226 Cf. Frincheisen, 2000, p. 103.

227 Cf. Leis 9.868/99 e 9.882/99.

228 Ferreira Filho (2009, p. 190) afirma que a Constituição Federal de 1988 é “largamente responsável” pelo fenômeno da judicialização da política, pois “atribuiu ao Judiciário, ao lado de seu papel tradicional de fiscal da legalidade, um novo, o de guardião da legitimidade”.

229 Cf. Ferreira Filho, 2009, p. 218, Ramos, 2009, p. 233 – 336. De acordo com Hávila (2009, p. 2), o movimento denominado de “neonconstitucionalismo” apresenta as seguintes características: “princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação no lugar de subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)”.

te que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"²³⁰ (BUCCI, 2006b, p. 31). Como ressalta Comparato (1997, p. 19), os objetivos sociais e econômicos estabelecidos na Constituição Federal "são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado", de maneira que sua juridicidade "não pode ser posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica"²³¹.

Por outro lado, não obstante o papel fundamental do controle judicial das políticas públicas, não se pode desconsiderar os limites e riscos existentes neste campo de atuação do Judiciário. Primeiramente, é preciso distinguir entre politização e ativismo do Judiciário: quando a participação do Judiciário na concretização da política governamental decorre de previsão constitucional e é exercida dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, trata-se de exercício de seu papel político; já o ativismo se refere ao exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pelo ordenamento, ao abuso de seu papel político, o que acarreta uma tensão entre os poderes²³². Assim, discute-se "como pode, e até que ponto, o Poder Judiciário apreciar determinada política pública sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo", legitimada pelas eleições (BUCCI, 2006b, p. 23), e sede da manifestação e mediação dos conflitos distributivos. Nota-se, também, que, como o Judiciário foi concebido e tem sua estrutura constituída para resolver conflitos inter-indivíduos surgidos após a violação do direito positivo, ele tem dificuldades para processar conflitos coletivos, de forma que o fato de ser cada vez mais demandado para tratar deste tipo de problema não significa que esteja respondendo de forma satisfatória e coerente²³³.

Isto ocorre, por exemplo, quando o Poder Público se omite na garantia dos direitos sociais em virtude de "inequívocas limitações de meios", ou seja, aquelas situações em que, devido à "escassez de recursos para atendimento pleno e simultâneo de todas as demandas sociais decorrentes dos direitos afirmados na Constituição", depara-se com uma "concorrência entre direitos". O reconhecimento de que "os direitos sociais têm custos", ou a ideia de "reserva do possível", traz dificuldades para a efetivação de políticas públicas pela via judicial. Mesmo assim, o Judiciário é chamado a decidir, a determinar qual direito deve prevalecer. Entretanto, as decisões judiciais referentes à concretização de direitos sociais são tomadas de forma pulverizada, caso a caso, sem um adequado conhecimento do

todo, e sem vinculação à disponibilidade de recursos, ao contrário do que ocorre no Poder Executivo. Disto resulta o risco, mesmo quando se trata de ações coletivas movidas pelo Ministério Público, de as prioridades serem selecionadas "de modo desordenado e sem uma racionalidade explícita e consciente", e orientadas conforme "as condições concretas de cada grupo de interesse de se fazer defender perante o Poder Judiciário"²³⁴. Pode-se, pois, substituir o planejamento global de objetivos prioritários e meios construídos pelos Poderes Executivo e Legislativo, consubstanciado nas leis orçamentárias e em outros instrumentos, por decisões orientadas pela perspectiva individual ou de grupos restritos²³⁵ (BUCCI, 2006b, p. 29, 32 – 33, 36).

2. A Política Nacional de Assistência Farmacêutica

A "Política de Assistência Farmacêutica"²³⁶, que integra a "Política Nacional de Saúde"²³⁷, é definida pela Resolução N. 338, do Conselho Nacional de Saúde, de 06 de maio de 2004 (Art.1º, III), como

[...] um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletiva, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população.

Como política pública articulada, a assistência farmacêutica, inicia-se, no Brasil, somente em 1971, com a criação da Central de Medicamentos (CEME) pelo Decreto nº 68.806/1971, sendo caracterizada pela centralização na aquisição e distribuição de medicamentos. Transformações substanciais começam a ocorrer a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da criação do Sistema Único de Saúde (SUS)²³⁸. A Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990²³⁹, que regulamenta os dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde, já inclui, em seu artigo 6º, dentre as ações que devem ser executadas pelo SUS, a assistência farmacêutica, como componente da assistência terapêutica integral (inciso I, d), bem como o dever de formulação da políti-

234 Cabe, portanto, questionar: não havendo meios para atender a todos, a melhor solução é atender aquele que foi beneficiado por uma decisão judicial, ou atender primeiramente aquele que mais precisar e em seguida respeitar a ordem cronológica de inscrições ou solicitações do serviço? E ainda: a quem caberá dizer quem é o mais necessitado? Ao juiz? Ao político eleito? Ao técnico, que nem sempre é tão técnico nem tão neutro? Cf. Lopes, 1998, p. 131.

235 A propósito, Ramos (2009, p. 273) adverte que "não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário".

236 Para um aprofundamento do conceito e do conteúdo abrangido pela assistência farmacêutica, cf. Brasil, Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011.

237 Na definição da Lei 8.080/1990, Arr. 3º, Parágrafo Único, a saúde consiste no "bem-estar físico, mental e social".

238 Para uma análise panorâmica sobre a evolução da política brasileira sobre medicamentos, cf. Portela et. al., 2010;

239 Esta lei é conhecida, juntamente com a Lei Federal nº 8.142, de 24 de dezembro de 1990, como Lei Orgânica da Saúde.

230 "A proposição constitucional centra-se na proteção à *direito*, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciado na política pública" (BUCCI, 2006b, p. 31).

231 Cf. Frinchen, 2000, p. 87.

232 Cf. Ramos, 2009, p. 2 – 3. O autor (2009, p. 8; 88) identifica como ativista o exercício da função jurisdicional em matéria constitucional "contrária à Constituição e ao Direito", com consequente "descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com a incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes".

233 Cf. Faria, 2003, p. 4-8. Observa-se também que a judicialização dos conflitos coletivos pode levar à sua despoliticização, de maneira que percam a "sua capacidade de demonstrar a relação daquele caso particular com o todo da organização social, política e econômica. Funcionariam, pois, como mecanismos de trivialização/individualização dos conflitos, impedindo justamente seus desdobramentos num quadro mais amplo". Assim, "quando o Judiciário toma conhecimento de demandas potencialmente públicas ou politizáveis ele procede objetivamente à integração do conflito à órbita jurídica e retira-lhe o caráter político", de maneira que acaba por cumprir a função de "desarmar os conflitos", e isso faz com que sejam ordenados e banalizados (LOPES, 1989, p. 138 – 140).

ca de medicamentos (inciso IV). Entretanto, a "Política Nacional de Medicamentos"²⁴⁰ só veio a ser formulada com a edição da Portaria nº 3.916 do Ministério da Saúde, de 30 de outubro de 1998. Posteriormente, em 06 de maio de 2004, o Conselho Nacional de Saúde publicou a Resolução 228/2004, estabelecendo as diretrizes da "Política Nacional de Assistência Farmacêutica". Outro avanço importante foi a edição da Lei Federal 12.401, de 28 de abril de 2011, que incluiu o Capítulo VIII na Lei 8.080/1990, que trata especificamente da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologia em saúde. No âmbito executivo, registra-se a importância dos Planos Nacionais de Saúde, estando em vigência o PNS 2012-2015²⁴¹. Além destas normas de caráter geral, foram editadas diversas outras que disciplinam o direito à assistência farmacêutica de portadores de doenças específicas, como HIV/AIDS (Lei nº 9313/96), hepatite (Lei nº 11.255/2005) e diabetes (Lei nº 11.347/2006). Destaca-se, por fim, a Lei Federal nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999²⁴², a qual estabeleceu a "Política Nacional de Medicamentos Genéricos", que objetiva reduzir os custos dos medicamentos, facilitando seu acesso aos mais carentes, bem como "o aperfeiçoamento da legislação sanitária, a valorização do receituário médico e a garantia da segurança, eficácia e qualidade do medicamento"²⁴³ (SUELI GANDOLFI DALLARI, 2006, p. 261).

Neste conjunto de normas encontramos os objetivos, princípios e diretrizes da "Política de Assistência Farmacêutica", os quais constituem critérios que devem pautar tanto a atuação do Administrador ao adotar as medidas necessárias para concretizá-la, como do Judiciário, ao julgar demandas individuais e coletivas sobre fornecimento de medicamentos, tendo como primeiro fundamento a Constituição Federal, que em seu artigo 196 prescreve 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 igualitário²⁴⁴ às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em seguida, a Constituição determina como o direito à saúde deve ser concretizado, ou seja, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS)²⁴⁵, o qual, conforme disposto no Art. 198, é composto por uma "rede regionalizada e hierarquizada", constituindo um

[...] sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.²⁴⁶

Assim, como a assistência farmacêutica integra a "Política Nacional de Saúde", deve ser compreendida segundo estas diretrizes, notadamente a universalidade²⁴⁷, a integralidade²⁴⁸ e a igualdade²⁴⁹, sendo dever do Estado prover as condições indispensáveis para o pleno exercício do direito à saúde²⁵⁰, o que, todavia, "não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade"²⁵¹.

Especificamente com relação à política de assistência farmacêutica, as normas vigentes prescrevem como objetivos fundamentais a "garantia da segurança, eficácia, efetividade e qualidade dos medicamentos; a promoção do uso racional²⁵², e o acesso da população àqueles medicamentos considerados essenciais" (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011, p. 35). Para tanto, a Política Nacional de Medicamentos estabelece algumas diretrizes²⁵³ como a "educação dos prescrito-

244 José Afonso da Silva (2001, p. 311), afirma que o direito à saúde "há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais".

245 Cf. Bucci, 2006b, p. 17.

246 A Constituição também define a forma de financiamento, a distribuição de competências entre os entes federativos e a forma de participação da iniciativa privada do SUS (CF art. 197 - 200).

247 Cf. Lei 8.080/1990, Art. 7º, I.

248 Cf. Lei 8.080/1990, Art. 7º, II: "integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

249 "Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS." 250 Cf. Lei 8.080/1990, Art. 2º.

251 Cf. Lei 8.080/1990, Art. 2º, § 2º.

252 Por "uso racional do medicamento", entende-se "o processo que compreende a prescrição apropriada, a disponibilidade oportuna a preços acessíveis, a dispensação em condições adequadas, o consumo nas doses indicadas, nos intervalos definidos no tempo indicado de medicamentos eficazes, seguros e de qualidade" (Portaria MS nº 3.916/1998. Cf. Porreia et al., 2010, p. 9).

253 Cf. Brasil. Ministério da Saúde, 2001, p. 12 - 21.

240 A Política Nacional de Medicamentos preconiza que a reorientação do modelo de Assistência Farmacêutica deve estar fundamentada: "na descentralização da gestão; na promoção do uso racional dos medicamentos; na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público; no desenvolvimento de iniciativas que possibilitem a redução nos preços dos produtos." (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2004, p. 12 - 13). Cf. Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2009, p. 32 - 33, Brasil, Ministério da Saúde, 2001, p. 14.

241 O PNS 2012-2015, na parte dedicada à assistência farmacêutica, trata, entre outras questões, da ampliação dos gastos com medicamentos, do programa Farmácia Popular, da organização da assistência farmacêutica em componentes básico, estratégico e especializado, dos programas estratégicos, da rede de laboratórios farmacêuticos, da campanha "Saúde Não Tem Preço" e da "Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos" (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2011, p. 46 - 48).

242 Os principais instrumentos normativos relacionados aos medicamentos genéricos no Brasil são: Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999; Decretos nº 793/1993, 3.181/1999, 3.675/2000, 3.841/2001, 3.960/2001, 4.173/2002, 4.204/2002; Portaria nº 3.916/MC/GM; Resoluções ANVISA nº 45/2000, 47/2001, 78/2000. A "Lei dos Genéricos" estabelece, dentre outros preceitos, a preferência dos medicamentos genéricos nas aquisições realizadas no âmbito do houver condições de igualdade de preços (Art. 3º, §2º), e as diretrizes para o órgão responsável pela vigilância sanitária definir critérios para registro, prova de biodisponibilidade, apuração de equivalência terapêutica e dispensação, "respeitada a decisão expressa de não intercambiabilidade do profissional prescritor" (Art. 2º).

243 O art. 3º, III, da Lei 9.787/1999 define o medicamento genérico como "medicamento similar a um produto de referência ou inovador, que se pretende ser com este intercambiável, geralmente produzido após a expiração ou renúncia da proteção patrimonial ou de outros direitos de exclusividade, comprovada a sua eficácia, segurança e qualidade, e designado pela DCB ou, na sua ausência, pela DCI".

res²⁵⁴, dispensadores e consumidores, valorizando-se o receituário médico e a presença do farmacêutico na farmácia, e a adoção da "Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME"²⁵⁵, a qual objetiva adequar as ofertas de medicamentos às necessidades brasileiras, identificando-se "com base na situação epidemiológica, os maiores problemas de saúde, e os medicamentos básicos indispensáveis para o seu tratamento", os quais "devem estar continuamente disponíveis para a população que deles necessita" (SUELI GAN-DOLFI DALLARI, 2006, p. 259).

Para a eficácia destas ações exige-se, ainda, a adoção de protocolos clínicos, disciplinados Capítulo VIII na Lei 8.080/1990, o qual foi incluído pela Lei 12.401, de 28 de abril de 2011. Ou seja, a prescrição de medicamentos deve ocorrer conforme diretrizes terapêuticas previstas em tais protocolos (Art. 19 - M, I), ou, na ausência de protocolo, conforme "relações de medicamentos instituídas o gestor federal do SUS" (Art. 19-P, I), suplementadas por relações instituídas pelos gestores estaduais no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal (Art. 19-P, II), e pelos gestores municipais no âmbito dos Municípios (Art. 19-P, III). Tais protocolos clínicos deverão "estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha", e terá como critérios a avaliação dos medicamentos "quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde" (Art. 19-O)²⁵⁶.

Em síntese, a Constituição Federal, as Leis e demais instrumentos normativos que disciplinam o direito à saúde, determinam que as políticas públicas de assistência farma-

cêutica devem assegurar a todos o acesso aos medicamentos, com segurança, qualidade e racionalidade, o que exige que as ações do Estado sejam desenvolvidas de maneira a garantir o emprego adequado dos recursos públicos, até porque, diante de sua escassez, se isto não ocorrer, não será possível atender a todos, especialmente aos mais necessitados.

Isto porque, como "a demanda por medicamentos é crescente e as tendências não apontam para alterações desta área", exigindo-se grande quantidade de recursos públicos, "a ausência de um gerenciamento efetivo pode acarretar grandes desperdícios dos mesmos, que podem ser considerados como cruciais" 257 (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011, p. 15).

3. Judicialização do Fornecimento de Medicamentos X Política Pública de Assistência Farmacêutica

Tendo-se como referência o panorama apresentado no item anterior, passa-se a discutir a possibilidade de a judicialização do fornecimento de medicamentos significar tanto a concretização como a violação do direito constitucional à saúde em sua dimensão coletiva, por comprometer a racionalidade da política pública, os critérios democráticos de distribuição de recursos escassos e a realização da justiça social. Para tanto, também é necessário destacamos a maneira como decidem os tribunais, o que será feito recorrendo-se a um conjunto de estudos empíricos, sobretudo monografias desenvolvidas por alunos da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), que analisaram a jurisprudência do STF a propósito do tema.

Uma destas pesquisas, realizada no ano de 2005, dedicada especificamente às decisões do STF referentes à concessão de medicamentos para tratamento da AIDS, chegou aos seguin-

257 Observa-se que, "sendo o acesso a medicamentos uma questão central da assistência farmacêutica prestada pelo SUS, é preciso discutir e definir de que acesso se está falando. Deve esse acesso ser ilimitado, mesmo que envolva medicamentos experimentais, sem registro no Brasil, sem comprovação científica de eficácia e eficiência, ou deve ser um acesso tecnicamente parametrizado, considerando que, ao mesmo tempo em que o medicamento é importante insueto no processo de atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada. Não se trata, portanto, de promover o acesso a qualquer medicamento ou de qualquer forma, mas, sim, de selecionar aqueles que demonstrem ser seguros e eficazes, conforme estabelecem as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos" (CONASS, 2007). Por fim, anota-se que, "mesmo em países que dispõem de sistemas públicos de saúde, com cobertura universal, a questão do acesso ao medicamento constitui problema de difícil solução, com variadas formas de abordagem. O mais frequente é a proteção de grupos sociais mais vulneráveis (idosos, desempregados, portadores de enfermidades crônicas e de tratamento oneroso etc.), que recebem medicamentos gratuitamente, desde que prescritos por serviços médicos, enquanto um sistema de seguro (público ou privado) cobre as despesas com medicamentos, em percentuais variáveis. Nesses países, há a preocupação com a existência de evidências científicas que justifiquem a utilização de medicamentos cujos custos sejam reembolsáveis, no todo ou em parte. Pela mesma forma, no Brasil, não há justificativa alguma para que o sistema público de saúde arque com despesas de métodos diagnósticos ou terapêuticos que não estejam devidamente homologados pela autoridade sanitária nacional (Anvisa) e que não façam parte dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do Ministério da Saúde. Se não fosse assim, não haveria razão para que tais organismos governamentais existissem. Ademais, certas terapêuticas, carecendo de avaliação e seguimento por prazo razoável, acabam por revelar-se inútuas - quando não nocivas - e são abandonadas ou publicamente condenadas por sociedades científicas de renome" (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2009, p. 51 - 54).

254 Isto porque, tem-se observado "a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)". (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2001, p. 11).

255 Cf. Brasil. Ministério da Saúde, 2001, p. 12. Denre os dispositivos do Decreto nº 7.508/2011, destacamos os seguintes: art. 25. "a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS. Parágrafo único. A RENAME será acompanhada do Formulário Terapêutico Nacional - FTN que subsidiará a prescrição, a dispensação e o uso dos seus medicamentos"; Art. 26. "O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CJT. Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas". Art. 27. O Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores". Observa-se que "se o médico prescrever um medicamento cujo nome não consta na RENAME, primeiro é preciso verificar se não existe alternativa na própria relação. O médico deve sempre privilegiar os remédios que fazem parte da RENAME. Mas, se for indispensável ao tratamento, o médico tem autonomia de prescrever outro medicamento, desde que sua eficácia já tenha sido comprovada" (CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP), CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CRF), INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC), 2006, p. 16).

256 Destaca-se, ainda que a lei, embora atribua ao Ministério da Saúde a função de incorporar ou excluir medicamentos de sua relação (Art. 19-Q), prevê mecanismos de participação da comunidade na execução desta tarefa, tanto de especialistas (Art. 19-Q, § 1º), como de todos os interessados, em consultas e audiências públicas realizadas em processos administrativos instituídos especialmente para tal finalidade (Art. 19-R), devendo ser considerados os critérios de "evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento" (Art. 19-Q, § 2º, I), e "avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas" (Art. 19-Q, § 2º, II).

tes resultados²⁵⁸; (1) todas as decisões do STF concederam medicamentos, mantendo decisões de segunda instância também neste sentido; (2) o direito à saúde é considerado um "direito público subjetivo"²⁵⁹, portanto, de caráter individual, não sendo encontrada nenhuma decisão no sentido de que deveria ser realizado em termos coletivos, o que significa compreendê-lo como "um direito cuja prestação correspondente é devida, em primeiro plano, a um particular", de maneira que, embora os conflitos envolvendo direitos sociais estejam diretamente relacionados com a implantação de políticas públicas e com a definição sobre como são alocados os recursos públicos, são decididos pelo STF "em termos estritamente individuais. Ou seja, os efeitos da decisão não são considerados ou medidos em relação à coletividade, mas sim em relação ao indivíduo"; (3) setenta e cinco por cento das decisões pesquisadas afirmam que o direito à saúde tem aplicabilidade imediata, independentemente de qualquer regulamentação, e as vinte e cinco por cento restantes nem discutem a questão; (4) somando-se as ideias da aplicabilidade imediata e do caráter individual do direito à saúde, resulta a conclusão de que "o dever do Estado é ilimitado e indefinido, e será definido conforme a demanda individual"; (5) não obstante a complexidade da política de assistência farmacêutica, "em nenhuma das decisões os Ministros se preocuparam em examiná-la e não demonstraram conhecê-la"²⁶⁰; (6) o STF não está "ciente da importância da questão orçamentária no âmbito das políticas públicas, já que esta é sempre abordada como questão secundária, de menor importância e, até mesmo, não jurídica"²⁶¹ (BARBOSA, 2005, p. 5; 23 – 29).

A partir destas constatações, é possível fazer uma apreciação crítica a propósito da maneira como o Judiciário vem decidindo as demandas por medicamentos que lhes são apresentadas.

Ressalva-se, inicialmente, que não se pretende negar a eficácia e o caráter vinculante das normas que asseguram direitos sociais, especialmente à saúde. Entretanto, não se pode desconsiderar a realidade, ou seja: a efetivação de tais direitos depende de recursos, os quais são insuficientes para o atendimento de todas as demandas apresentadas ao Estado²⁶².

258 Resultados e conclusões semelhantes foram obtidos em pesquisa premiada pelo IPEA, realizada em 2004, pelo PET – Programa de Educação Tutorial da Faculdade de Direito da USP, que "buscou compreender como a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo impactou a política pública de fornecimento de medicamentos a portadores do vírus HIV, entre 1997 e junho de 2004, no município de São Paulo". Cf. FERREIRA, et al., 2004. Em pesquisa mais recente, apresentada na forma de um "caso didático", na qual se analisou quinhentas e uma decisões envolvendo pedidos de insulina no STF, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Espírito Santo e Rio de Janeiro, os resultados mostraram a mesma postura dos tribunais (WANG, 2011).

259 Cf. Gemignani, 2005, p. 27.

260 Em outro estudo empírico constatou-se que "o STF utiliza a mesma lógica argumentativa nos casos em que há política pública e nos casos em que não há política pública para o fornecimento de remédios" (RAMOS, 2005, p. 23). Cf. Barbosa, 2005, p. 39 – 40. No mesmo sentido, Wang (2006, p. 12), constatou que "nenhuma decisão o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento ou tratamento médico" (WANG, 2006, p. 12). Por exemplo, na Pet 12.446, o Ministro Celso de Mello afirma que "entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendido – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem éticojurídica imponham ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida" (WANG, 2006, p. 15).

262 A propósito, Barbosa (2005, p. 40 – 41) afirma que deve haver "um mínimo de equilíbrio entre o que deve fazer o Estado e o que pode fazer o Estado", pois, em caso contrário, o Estado teria que desviar recursos de outras áreas da saúde ou destinados à concretização de outros direitos sociais para garantir o fornecimento de medicamentos ou, então, se for atender às demandas que lhes são apresentadas de forma universal e integral, poderá caminhar para a falência.

Isto não significa aceitar prontamente o costumeiro argumento apresentado pela Administração Pública para negar o fornecimento de medicamentos, qual seja, a "reserva do possível". Adoramos o entendimento segundo o qual "uma vez alegada, deve ser devidamente comprovada, para que não se torne mero instrumento retórico para justificar a não efetividade de um direito constitucional"²⁶³ (WANG, 2006, p. 5). Por outro lado, não é correto compreender o aspecto orçamentário como secundário, pois o fornecimento de medicamentos, a efetivação do direito à saúde, enfim, a concretização de todos os direitos sociais exige recursos financeiros (WANG, 2006, p. 15 – 16).

Desta maneira, devem ser observados critérios públicos e democráticos na definição de prioridades e na racionalização do emprego dos recursos públicos, sobretudo para que o direito ao acesso a medicamentos de qualidade seja concretizado.

No que se refere aos critérios públicos e democráticos na definição de prioridades, embora o Judiciário tenha legitimidade para tomar decisões referentes à concretização de direitos sociais, como o fornecimento de medicamentos, ele não pode fazer isto ignorando os critérios definidos nas leis e normas infra-legais que estabelecem determinada política pública, competência este atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo, o que tem ocorrido reiteradamente no que se refere à assistência farmacêutica²⁶⁴.

Esta posição não se sustenta em uma interpretação envelhecida, ou mesmo equivocada, da "Teoria da Separação de Poderes", nem somente nos preceitos constitucionais referentes à repartição de funções entre os Poderes, mas sim em critérios de realização da justiça²⁶⁵ e racionalização da ação estatal.

Quanto à questão da justiça, diante dos limites dos recursos orçamentários, é evidente que, ao tomar uma decisão sobre fornecimento de medicamentos o Judiciário está elegendo uma prioridade, mas os tribunais têm ignorado "as suas próprias consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá"²⁶⁶ (WANG, 2006, p. 41).

A propósito, os tribunais também deveriam considerar em suas decisões outros dispositivos constitucionais e legais além dos que tratam diretamente do direito à saúde. Por exemplo, o Art. 193 da Constituição estabelece, dentre os objetivos gerais da ordem

263 Neste sentido Wang (2006, p. 5) explica: "embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro deste ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Vale ressaltar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único". Cf. Soares, 2013, p. 89 – 90.

264 Cf. Barbosa, 2005, p. 42.

265 Barbosa (2005, p. 59) afirma que "o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer o direito à saúde como direito individual deixa de perceber que, a bem da verdade, o conflito que se lhe apresenta é essencialmente coletivo. Não só porque assume proporções coletivas, mas também e, principalmente, porque é uma questão de justiça distributiva".

266 "Final, se os recursos são escassos, nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar estes direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e esquece da realidade. No entanto, escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível ganham maior importância em matéria de direito à saúde e à educação em julgamentos de controle abstrato de constitucionalidade, sendo muitas vezes, elementos preponderantes na decisão. Uma hipótese para explicar esta diferença de tratamento pode ser o fato de que em controle abstrato de constitucionalidade há efeito *erga omnes*, o que faz com que a questão dos custos dos direitos, da reserva do possível e da escassez de recursos apareça de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos" (WANG, 2006, p. 41).

social, a promoção da justiça social, e o Art. 3º, inciso III, prescreve como um dos objetivos fundamentais da República a redução das desigualdades sociais. Com fundamento nestes dispositivos, não seria possível estabelecer algum tipo de diferenciação no fornecimento de medicamentos, como medida de promoção da equalização das condições sociais? Inclusive, a Lei Federal nº 8.080/1990, após repetir o mandamento constitucional segundo o qual é dever do Estado prover as condições indispensáveis para o pleno exercício do direito à saúde (Art. 2º), ressalva que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade” (Art. 2º, §2º). Esta ressalva não permitiria um questionamento sobre eventual caráter subsidiário do dever do Estado na garantia do acesso dos indivíduos aos medicamentos para manutenção e recuperação de sua saúde? Se a pessoa ou sua família têm condições socioeconômicas de adquirir determinado medicamento, e ambas têm o dever legal de assegurá-lo, por que atribuir primariamente a responsabilidade ao Estado? Diante da escassez de recursos, não deveria ser o Estado responsabilizado subsidiariamente, de maneira a garantir o acesso aos medicamentos às pessoas e famílias que não têm condições de adquiri-los, até por uma razão de justiça e para cumprir o objetivo da República de reduzir as desigualdades sociais?

Com relação à racionalização da ação estatal, o Judiciário não deve desconsiderar elementos técnicos estabelecidos na política pública de assistência farmacêutica, como a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos) e os protocolos clínicos²⁶⁷, tomando-se uma receita médica como critério inquestionável para a concessão de um medicamento²⁶⁸, ainda que não conste na RENAME e que sua prescrição não tenha ocorrido conforme os protocolos, questões, aliás, que na maioria das vezes não são nem mesmo discutidas na fundamentação das decisões²⁶⁹.

Por exemplo, quando o médico prescreve um medicamento sem seguir os protocolos, ou não previsto na RENAME, ou, ainda, quando recebe um medicamento de referência ao invés de um genérico, precisa fundamentar e provar a incompatibilidade deste último com as necessidades de tratamento do paciente. Até porque, não podem ser desprezados os interesses econômicos envolvidos na comercialização de medicamentos²⁷⁰.

267 O próprio Ministério Público Federal já firmou entendimento no sentido de que “a observância aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Farmacêuticas - Medicamentos Excepcionais” por conseguinte, mostra-se fundamental para assegurar o uso racional e adequado de medicamentos excepcionais, conciliando as necessidades dos pacientes com as carências econômicas do Poder Público”. (MINISTÉRIO PÚBLICO p.82)

268 Em sentido contrário, cf. Kfour, 2009, p. 31.

269 “Pode-se observar que muitas decisões judiciais desconsideram as alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, estabelecidas em elencos padronizados ou recomendadas em protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Ao determinar o fornecimento de medicamento, sem possibilitar a manifestação do gestor de saúde ou sem buscar a opinião de profissionais que possam avaliar as evidências científicas e a segurança do medicamento, seu fornecimento pode, até mesmo, causar prejuízos à saúde do usuário, configurando-se como uso irracional dos recursos terapêuticos e financeiros” (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011, p. 135).

270 Neste sentido, O Ministério Público Federal adverte que, não obstante o importante papel que desempenha na pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos, é preciso cuidado com o “o ato predatório decorrente de meros interesses econômicos do setor industrial de fármacos”, o qual, após desenvolver produtos com pequenas alterações, mas suficientes para lhes assegurar a exclusividade de produção, emprega “as mais variadas espécies de estratégias publicitárias”, a fim de que seja “apresentado ao público-alvo (profissionais médicos e usuários) de forma disortada, posto que em inúmeras oportunidades as vantagens não justificam o custo, tampouco superam o tratamento existente no Sistema Único de Saúde” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO – GRUPO DE SAÚDE, 2005, p. 72).

Além disso, a existência de uma política pública de assistência farmacêutica permite um uso racional dos recursos públicos, por exemplo, porque a Administração Pública, ao realizar compras programadas e em grande escala, mediante processo de licitação, ou produzindo em laboratórios públicos os medicamentos previstos nas políticas, pode reduzir custos e organizar adequadamente a previsão e a execução orçamentária, além de articular o fornecimento de medicamentos com outros programas, como de educação do paciente, a fim de que sejam obtidos melhores resultados nos tratamentos²⁷¹.

Portanto, seja para conceder ou para negar o fornecimento de medicamentos, a decisão judicial não pode deixar de analisar fatores como: a adequação técnica da prescrição médica às necessidades do paciente; a existência de alternativas terapêuticas previstas na política pública; se as vantagens do tratamento pleiteado pelo paciente em relação ao fornecido pelo SUS justificam os custos adicionais para a Administração Pública; os impactos na decisão na coletividade; e as condições sócio-econômicas do paciente.

Não pode, pois o Judiciário deixar de considerar critérios econômicos na tomada e fundamentação de suas decisões, pois é preciso racionalidade na alocação dos recursos públicos escassos. Mas não é isto que análises empíricas têm encontrado nas decisões judiciais. É possível, inclusive, observar a realização distribuição de rendas às avessas, atendendo-se prioritariamente aquelas pessoas com melhores condições socioeconômicas, as quais, dispondo de mais conhecimentos e recursos para contratar advogados conseguem decisões favoráveis, enquanto que os mais necessitados, muitas vezes, nem chegam a demandar²⁷². Isto porque, “os altos custos do acesso à Justiça no Brasil determinariam a restrição da tutela judicial à classe social de maior poder aquisitivo, capaz de arcar com esses custos”.

Outra distorção ocorre quando um paciente faz suas consultas particulares ou por meio de planos de saúde e, posteriormente, solicita o medicamento junto ao Estado, de maneira que, devido à demora costumeira no agendamento na rede pública, faz com que este paciente seja atendido antes daqueles que são mais carentes, por força de uma ordem judicial²⁷³.

Diante disso, é possível, pois, concluir que “a tutela individual do direito à saúde não é a mais adequada, pois desconsidera sua natureza”. Ou seja:

271 Neste sentido Oliveira (2008, p. 8) ressalta que “as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos não previstos pela política ou ainda para pessoas não previstas inicialmente como beneficiárias corrompem toda a lógica funcional daquela ação porque desvia recursos, e acabam prejudicando muitas vezes um número maior de pessoas que seriam beneficiadas pelo programa inicial, tornando aquela norma ineficaz”.

272 “Com base em estudo do Banco Mundial acerca do gasto público nacional por faixa de renda familiar, concluiu-se que um dos principais fatores que determina esse quadro de ineficiência dos programas sociais é a concentração dos mesmos na camada social de maior renda” (FERREIRA et. al., 2004, p. 38).

273 Neste sentido, o Ministério Público Federal ressalta que “permitir que pessoas (com capacidade financeira) efetuem consultas particulares e assegurem o atendimento mais rápido a seu pleito (saltando etapas), implica preterir o direito daquelas mais humildes que, pela falta de recursos, terão de esperar por uma consulta pública e todos os demais trâmites do Sistema Único de Saúde”. E acrescenta: “em sendo necessário tratamentos diferenciados (igualando, com a desigualdade, os designais), devem ser concretizados, por óbvio, em relação aos mais carentes. E não o inverso, favorecendo aqueles que podem custear consultas médicas particulares”. Desta maneira, “a universalidade e a integralidade pressupõem o ingresso do cidadão no Sistema Único de Saúde e a submissão à respectiva política pública definida nos planos de saúde correspondentes (neta incluídos os protocolos clínicos) cabendo ao MP fiscalizar a submissão dessas políticas aos princípios constitucionais” (Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – Grupo de Saúde, 2005, p. 89 – 90).

O tratamento individual de um conflito de natureza coletiva provoca distorções sociais e econômicas. Não se tem em mente que a questão é a disputa por recursos escassos (orçamento) destinados a políticas públicas que concretizam direitos sociais. A tutela coletiva apresenta-se como uma forma efetiva de provocar o Executivo a (re)elaborar sua política pública, pois permitiria maior previsibilidade e possibilidade de programação desse, uma vez que adquiriria uma dimensão coletiva e não de prestação individualizada esporádica. Outros dois fatores positivos seriam a possibilidade de extensão dos benefícios à coletividade e não somente àqueles que figuraram como partes processuais em ações ordinárias e a redução do custo processual e da sobrecarga do Judiciário. Além disso, evitar-se-iam decisões conflitantes (FERREIRA et. al., 2004, p. 38 – 41)²⁷⁴.

Conclui-se, portanto, que, sem deixar de reconhecer o direito constitucional de cada indivíduo à saúde, as decisões referentes ao fornecimento de medicamentos devem considerar a dimensão social inerente à concretização de direitos que exigem prestações positivas do Estado por meio de políticas públicas. Desta maneira, a judicialização do fornecimento de medicamentos pode contribuir decisivamente com a concretização do direito à saúde, desde que considere os parâmetros estabelecidos na política nacional de assistência farmacêutica, sobretudo as diretrizes de garantia do acesso a medicamentos de qualidade e de racionalização de seu fornecimento e consumo, bem como do emprego dos recursos públicos, além das questões econômico-orçamentárias e da exigência constitucional de as políticas sociais cumprirem o objetivo de promover a justiça social e a redução das desigualdades sociais. Em caso contrário, é possível que a judicialização do fornecimento de medicamento tenha como resultado a violação do direito à saúde, ao menos em sua perspectiva coletiva²⁷⁵.

Observa-se, por fim, que a discussão sobre estas questões começa a ganhar relevância no Judiciário²⁷⁶. Inclusive, em 30 de março de 2010 foi publicada Recomendação

do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na qual constam, entre outras orientações aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, as seguintes: “até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais (item I, a)”; “orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, considerando prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata (item I, b 1)”; “ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência” (item I, b 3).

Referências

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, jan./fev./mar. de 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.
- BARATA, Luiz Roberto Barradas. Regulamentar é o Melhor Caminho, **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 de março de 2007, p. 3.
- BARBOSA, Mariana Gracioso. **O Supremo Tribunal Federal e a Política de Fornecimento de Medicamentos para Tratamento da AIDS/HIV**. Monografia (Trabalho de Conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDFP). São Paulo: SBDFP, 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/26_Mariana%20Barbosa.pdf. Acesso em: 17/06/2013.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Assistência Farmacêutica no SUS**. Brasília: CONASS, 2011.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **O Sistema Único de Saúde e a Qualificação do Acesso**. Brasília: CONASS, 2009 (CONASS Documenta 19).
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Para Entender a Gestão do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Especial**. Brasília: CONASS, 2004 (CONASS Documenta 3).
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. O Conceito de Política Pública em Direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1 – 49.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. **RT**, a. 86, v. 737, p. 11 – 22, mar. 1997.

274 No mesmo sentido, cf. Bucci, 2006b, p. 31 e Soares, 2013, p. 101 – 106.

275 “O casuismo das decisões judiciais brasileiras levará à inefetividade do previsto na Constituição Federal, impedindo com que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas. A escassez de recursos faz com que a Administração Pública estabeleça algumas prioridades para a realização de políticas públicas” (SOARES, 2013, p. 90).

276 Após realização de Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009, “informou o ministro Gilmar Mendes ficar constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, cabendo intervenção judicial no caso do não-cumprimento de políticas já estabelecidas e ressaltando a necessidade de que cada caso seja avaliado sob critérios de necessidade. E, ainda, que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação de prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS. Diferenciou, por exemplo, tratamentos puramente experimentais daqueles já reconhecidos, mas não incorporados no sistema de saúde brasileiro. No caso daqueles, foi enfático em dizer que o Estado não pode ser condenado a fornecê-los, da mesma forma como para os medicamentos demandados e que não possuem registro na Anvisa”. Além disso, o relatório do Ministro faz referência a questões como: “a. a necessidade de produção de provas; b. a necessidade de que as provas venham calçadas de fundamentos científicos; c. a adequação da prestação de saúde ao pretendido no pleito; d. o registro de medicamentos e as possibilidades de aquisição pelo Estado; e. as evidências científicas e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) adotados pelo SUS; f. o reconhecimento da existência ou não de política pública que contemple o pretendido nas ações judiciais e suas consequências; g. o reconhecimento da existência de política de dispensação de medicamentos de alto custo sustentada pela corrente da medicina baseada em evidências; h. admissão da corrente medicina baseada em evidências de modo a permitir questionamento de ordem científica acerca da adequação da prestação de saúde pretendida; i. que a argumentação de que a reserva do possível (escassez de recursos) por si só não elimina a obrigação do Estado (União, estados, DF e municípios) quanto ao fornecimento de prestações de saúde; j. a necessária apreciação dos argumentos de lesão à ordem, economia e separação de poderes. k. a solidariedade entre os entes da Federação quanto à política pública de saúde” (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011, p. 155).

OLIVEIRA, Andrea Coimbra de. **O Controle de Constitucionalidade de Políticas Públicas e a Interpretação do STF**. Monografia (Trabalho de Conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDDP). São Paulo: SBDDP, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=114. Acesso em: 17/06/2013.

PORTELA, A. S., LEAL, A.A.F., WERNER, R. P. B., SIMÕES, M. O. S., MEDEIROS, A. C. D. Políticas públicas de medicamentos: trajetória e desafios. In **Rev. Ciênc. Farm. Básica Apl.**, 2010;31(1): 09-14.

RAMOS, Elival da Silva. **Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional (Tese de Titularidade)**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

RAMOS, Luciana de Oliveira Ramos. **O Uso dos Precedentes pelo Supremo Tribunal Federal em Casos de Fornecimento de Medicamentos**. Monografia (Trabalho de Conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDDP). São Paulo: SBDDP, 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=65. Acesso em: 17 jun. 2013.

SEMER, Marcelo. **Garantindo o Exercício de Direitos, Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 de março de 2007, p. 3.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Hector Cury. A Racionalização de Recursos Voltados às Políticas Públicas de Saúde: a Justiça Geral e a Justiça Individual. In: **Revista Direito e Liberdade**, Natal, - v. 15, nº 1, p. 79 – 116 – jan/abr. 2013.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Monografia (Trabalho de Conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDDP). São Paulo: SBDDP, 2006. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf. Acesso em: 17/06/2013.

WANG, Daniel et al. **Judiciário e fornecimento de insulinas análogas pelo sistema público de saúde: direitos, ciência e políticas públicas**. Casoteca Direito GV. São Paulo, 2011. Disponível em: < <http://direitogv.fgv.br/casoteca/judiciario-fornecimento-de-insulinas-analogas-pelo-sistema-publico-de-saude-direitos-ciencia>>. Acesso em 11/01/2013.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CREMESP), CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO (CRF), INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Medicamento – um Direito Essencial**. São Paulo: 2006, p. 16.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e Políticas de Governo: o caso da Saúde Pública. In BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 247 – 266.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI: a Crise da justiça no Brasil**, texto preparado para o seminário *Direito e Justiça no Século XXI*, Coimbra, Centro de Estudos Sociais, de 20 de maio a 1º de junho de 2003, 40p. .

FERREIRA, Camila Duran et al. **O Judiciário e as Políticas Públicas de Saúde no Brasil: o caso AIDS**. São Paulo: PET – Programa de Educação Tutorial, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRINCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GEMIGNANI, Daniel. **A Coerência na Interpretação dos Direitos Sociais quando Analisados pelo Supremo Tribunal Federal**. Monografia (Trabalho de Conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDDP). São Paulo: SBDDP, 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/66_Daniel%20Gemignani.pdf. Acesso em: 17/06/2013.

KFOURI, Guilherme Bruno. **Concessão de Medicamentos pelo Supremo Tribunal Federal: Análise Argumentativa sobre as Decisões da Presidência da Ministra Ellen Gracie**. Monografia (Trabalho de Conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDDP). São Paulo: SBDDP, 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=155. Acesso em: 17/06/2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A Função Política do Poder Judiciário**. In FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça – A Função Social do Judiciário**, São Paulo, Ática, 1989, pp. 123 – 144.

_____. **Crise da Norma Jurídica e Reforma do Judiciário**, in FARIA, José Eduardo (org.), **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 68 – 93.

_____. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**. In FARIA, José Eduardo (org.), **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 113 – 143.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO – GRUPO DE SAÚDE. **Manual de Atuação do Ministério Público Federal em Defesa do Direito à Saúde**. 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PERSPECTIVAS DA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33/11: DA NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO À ADEQUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS

*José Duarte Neto**
*Naajila Abdalla Jehu***
*Vinicius Lins Maia****

Resumo

A tensão entre os limites da atividade jurisdicional no que toca o controle de constitucionalidade e as atividades normativa do Poder Legislativo mostra-se bastante recorrente nas democracias ocidentais. Reiteradamente se observa o conflito entre os Poderes Judiciário e Legislativo na busca de delimitação da esfera de atuação de cada um. No Brasil, recentemente o Projeto de Emenda à Constituição 33/11, que pretende, dentre outros aspectos, submeter ao Congresso Nacional a declaração de inconstitucionalidade promovida pelo Supremo Tribunal Federal, quando versar sobre emenda à Constituição, possibilitando, ainda, que em caso de discordância o conflito seja remetido a consulta popular, reacendeu o debate sobre essa temática. Desse modo, o presente artigo, pretende aprofundar a discussão acerca deste projeto. Para tanto, busca-se problematizar o atual modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, tentando desvendar os motivos que conduziram à proposição, desde a questão do crescimento do Poder Judiciário, com os referentes desdobramentos que este enseja como a judicialização das relações sociais e políticas, passando pela disputa pelo poder de normatizar e por fim, trazendo à tona o ponto que permeia a essa sempre presente tensão: a carência de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Ao fim promove-se uma reflexão concernente aos meios pelos quais se possa promover uma democratização dos processos decisórios do Supremo Tribunal Federal. Questão essa que mostra-se como o pano de fundo das articulações que motivam projetos como o tratado.

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Assistente Doutor de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) - UNESP - Câmpus de Franca. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da UNESP - Câmpus de Franca. Chefe do Departamento de Direito Público (mandado 2013/2014). Juiz de Direito no Estado de São Paulo

** Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Graduado pela mesma instituição em 2011. Advogada.

*** Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Graduado pela mesma instituição em 2011

Palavras-chave: Legitimidade Democrática. Controle de Constitucionalidade. STF.

Sumário: Introdução. 2. O favorecimento à expansão da atuação do poder judiciário no cenário mundial, a partir da segunda metade do século XX. 3. Breve apontamento dos fatores que determinaram a proeminência política do Supremo Tribunal Federal. 4. Tentativa de limitar os poderes do Supremo Tribunal Federal com a proposição do projeto de emenda constitucional n° 33. 5. Ponderações sobre o debate constitucional que envolve a PEC 33. 5.1. Desmistificando a compreensão estática do conceito de separação entre os poderes. 5.2. Análise estrutural sobre o modelo institucional do poder judiciário brasileiro. 5.2.1. O papel contramajoritário do poder judiciário, como contraponto à proposta de deliberação popular sobre matérias que envolvam direitos fundamentais das minorias. 6. A pluralização dos intérpretes como alternativa viável à democratização do supremo tribunal federal. 7. Conclusão. 8. Referências Bibliográficas.

Introdução

A discussão acerca da legitimidade democrática da Jurisdição Constitucional é bastante recorrente na doutrina jurídica. Pode-se dizer mesmo que desde o nascedouro da competência do Poder Judiciário para controlar a constitucionalidade de leis com a célebre decisão do Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Marshall, em 1803, no caso *Marbury x Madison*, se verifica o embate sobre a temática.

O questionamento acerca de tal legitimidade circunda, preponderantemente, dois aspectos. O primeiro seria a capacidade de um órgão, cujos membros não são submetidos ao escrutínio público, ter o poder de anular uma lei ou ato normativo elaborado pelo Parlamento, instituição que congrega, em tese, a maior representação política numa democracia, haja vista que seus numerosos membros são eleitos pelo povo, o que lhe confere maior potencial de traduzir a pluralidade observada na sociedade.

O segundo ponto nevrálgico da discussão reside no fato de que as decisões de uma Corte Constitucional não estão submetidas, em regra, a qualquer forma de controle democrático, deste modo compete a ela “a última palavra nas controvérsias estruturais do sistema político”.

A partir desses enunciados, a revisão judicial como técnica de tutela da supremacia da Constituição, passa a denotar, para muitos autores, uma aparência do predomínio exercido pelo órgão julgante, vindo a ser concebido como um superpoder, ou, como admite Pedro Lessa, um “poder fora do próprio Estado”²⁷⁷. Vislumbra-se, assim, o controle judicial sobre matérias antes relegadas ao processo político ordinário, como uma intromissão do Judiciário sobre as decisões governamentais e legislativas.²⁷⁸

No Brasil vigora ainda certa resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, isto é, daquela zona de discricionariedade em que o agente do Estado desfruta de autonomia para decidir no tocante à oportunidade e conveniência de sua

própria atuação.²⁷⁹ E é justamente o embate entre os Poderes Legislativo e Executivo face à atuação proeminente do Supremo Tribunal Federal, com detida análise sobre o discurso que confere ausência de legitimação democrática a esta Corte, evidenciado na justificativa do polêmico Projeto de Emenda Constitucional n° 33, em tramitação no Congresso Nacional, que norteará este trabalho.

1. O favorecimento à expansão da atuação do poder judiciário no cenário mundial, a partir da segunda metade do século XX:

A sociedade é um organismo em constante transformação, novas realidades surgem, novos problemas aparecem, novos caminhos precisam ser trilhados, a ciência avança a passos largos e diante de um cenário assim é de se esperar que o Direito acompanhe tal evolução.

No contexto internacional, pode-se apontar a Segunda Guerra Mundial como marco da modificação paradigmática do Direito, a partir da qual se introduz a compreensão acerca da necessária conexão entre o direito e a moral, passando a prevalecer a tese da “conexão necessária”, que propõe uma aproximação do direito aos questionamentos morais, de justiça e legitimidade.

No compasso desta concepção jurídica, denominada por alguns teóricos como pós-positivista, os princípios passam a ser conduzidos ao centro do sistema jurídico e são progressivamente incorporados, explícita e implicitamente, pelos textos constitucionais, conquistando, assim, o status de norma jurídica, além de verdadeiros enunciados dos valores abrigados no ordenamento jurídico, em reflexo dos postulados básicos de uma sociedade.

Daí a resultar uma nítida proeminência do Poder Judiciário como árbitro de validade das normas, que passa a desempenhar relevante papel político no sistema constitucional, não raro sobrepondo-se ao Poder Legislativo, “consoante se passou nas décadas de 1950 e 1960 nos Estados Unidos, caracterizadas por forte “judicialismo”, em que a Warren Court lançou mão do arsenal de argumentos teóricos existentes em torno do princípio da igualdade e da cláusula due process of law para questionar a fundo a razoabilidade e a racionalidade das regras do direito”²⁸⁰.

Ainda, sob a ótica da economia, conforme ensinamentos de Boaventura de Souza Santos, pode-se afirmar que a expansão do Poder Judiciário se deve também ao desenvolvimento do Estado Social Providência, após a Segunda Guerra Mundial, que levou a mudanças significativas no mundo do Direito e da Justiça.

Essa nova forma de Estado, marcada pelos princípios do intervencionismo econômico e da promoção de bem estar social, desencadeou a produção de leis constitucionais e ordinárias muito mais substantivas do que as produzidas sob o modelo liberal clássico, carregadas de direitos sociais e econômicos como educação, saúde, trabalho, segurança social e outros.²⁸¹

279 *Ibidem*, p. 154.

280 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

281 ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a política. São Paulo: Ideesp/Sumaré, Educ. p. 96.

277 LESSA, Pedro. Do Poder Judiciário. Livraria Francisco Alves, 1915. p. 4.

278 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 232.

Essas transformações observadas por Boaventura fazem surgir um novo papel para o Poder Judiciário, agora não mais restrito à aplicação das leis em conflitos particulares. O Judiciário passa a ser acionado, também, para dar efetividade prática a essa nova legislação social, muito mais substantiva do ponto de vista dos direitos fundamentais.

2. Breve apontamento dos fatores que determinaram a proeminência política do supremo tribunal federal:

No cenário brasileiro, notadamente a partir da promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se paulatinamente um processo de judicialização das demandas sociais. Este fato se deve, essencialmente, à ampliação do rol de direitos sociais na Constituição Federal, revoltados não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação o que lhes dá a característica de positivos, paralelamente, à deficiência do Poder Executivo em atender às exigências por políticas públicas efetivas e à inoperância do Poder Legislativo em acompanhar as constantes modificações sociais.

A partir de então o órgão jurisdicional adquire o desafio de efetivar os mandamentos constitucionais através de ações positivas que permitam a concretização dos direitos sociais, tornando-se condição *sine qua non* a alteração das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação no sentido de possibilitar e fomentar a realização de projetos de mudança social. A orientação das sentenças nesse sentido leva à inevitável politização do exercício das suas funções, o que constitui uma ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo jurídico, na base do qual estava a separação do Direito da Política.

No entendimento de Cappelletti, o Poder Judiciário passa a ser responsável pela salvaguarda dos Direitos Fundamentais do homem em face dos demais poderes públicos:

[...] o tribunal investido na árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos valores (tarefa, claro esta, altamente criativa), ou considerar com não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.²⁸²

Há de se apontar ainda outra importante peculiaridade interna que contribuiu de forma decisiva para o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Reforma Constitucional do Poder Judiciário que se deu com a Emenda Constitucional 45/2004 e atribuiu a esta Corte a competência de editar súmulas de caráter vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, com a finalidade de definir a validade, interpretação e eficácia de normas acerca das quais haja controvérsias.

Nesse contexto, o Poder Judiciário brasileiro se revigora e passa a atuar com maior ingerência em matérias que antes eram relegadas ao processo político ordinário, fazendo desaparecer, por vezes os contornos e limitações tradicionalmente impostos à sua atuação. Não por acaso, exsurge-se com mais força o sempre atual questionamento acerca da legitimação do Poder Judiciário, direcionada especificamente ao Supremo Tribunal Federal.

Delinea-se, assim, um rico e importante debate no seio dos estudos constitucionais, que não se limita somente à realidade brasileira, mas, como já enunciado, às demais Cortes Constitucionais, que tal como o Supremo Tribunal Federal, passam a exorbitar os limites das funções jurisdicionais e ingressam na seara política de competência até então exclusiva do Parlamento, o que acaba por determinar um embate entre os Poderes.

3. Tentativa de limitar os poderes do supremo tribunal federal com a proposição do projeto de emenda constitucional n° 33:

No ano de 2011, o Deputado Federal Nazareno Fonteles apresentou a Proposta de Emenda à Constituição número 33 que pretende alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis aumentando o quórum para 4/5 dos membros dos tribunais, o que no caso do Supremo Tribunal Federal conduziria à necessidade do voto de 9 ministros e não apenas de 6, como ocorre atualmente.

Referido projeto propõe, ainda, o condicionamento do efeito vinculante de súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e à submissão ao Congresso Nacional da decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Na hipótese em que o Congresso Nacional discorde da declaração de inconstitucionalidade a divergência seria remetida à consulta popular.²⁸³

De acordo com a justificativa apresentada pelo deputado na proposta de Emenda, a razão da alteração seria promover um maior diálogo institucional entre os poderes, valorizando o papel do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. Nessa esteira, é que aduz o Deputado:

Desse modo, estamos, em síntese, propondo uma revisão da sistemática de aprovação de súmulas vinculantes e do modelo de controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Em ambos os mecanismos o Poder Legislativo assumirá, como deve ser, um papel relevante.

A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistentemente, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular.²⁸⁴

Todavia, não obstante diga-se tratar da valorização do diálogo institucional, ao longo da justificativa da proposta nota-se um caráter esdrúxulo, no sentido de se buscar conter o crescimento institucional do Poder Judiciário, sobretudo, de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, que nos últimos anos tem sido palco de demandas por aquisição de direitos, que nas vias políticas ordinárias não conseguiram ser alcançados.

Nesses termos é que se observa que o objetivo da PEC 33/11 é o de conter a expansão do Poder Judiciário que, segundo a proposta, se manifestaria em duas vertentes o da Judicialização das relações políticas e sociais e do ativismo judicial.

283 Conforme Proposta de Emenda à Constituição N. 33 de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em: 29 jun. 2013

284 Conforme Proposta de Emenda à Constituição N. 33 de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em: 29 jun. 2013, p. 12

Quanto à judicialização das relações sociais, o documento informa que seria mesmocrência do modelo constitucional adotado, pois ao se alçar à condição de direitos, matérias que durante o Estado Liberal eram tidas como questões políticas – notadamente os direitos sociais, econômicos e culturais –, permitiu-se que o Judiciário se tornasse uma via adequada a sua concretização, sobretudo, quando o Executivo não fosse capaz de garantir a efetivação de tais direitos.

Entretanto, o motivo que parece ter acionado a articulação para a propositura dessa reforma é preocupação quanto à segunda vertente: o ativismo judicial. Na percepção do Deputado Nazareno Fonteles, o ativismo denota um comportamento do magistrado, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte do Poder Judiciário, que realiza a prestação jurisdicional de modo aditivo, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador, eis a questão central ensejadora da reforma proposta.

Em última análise observa-se uma disputa pelo poder da criação normativa; não se tratando – o que poderia ser salutar – de uma recolocação da discussão sobre o modelo de controle de constitucionalidade, sua legitimidade e a adequação à realidade brasileira.

Nestes termos, para além da aversão que tem sido apresentada pelo senso comum dos juristas à PEC 33/11 desde a sua admissão pela Comissão de Constitucionalidade e Justiça da Câmara dos Deputados em 24 de abril de 2013, que vem tratando-a como “a PEC da submissão”, pretende-se desenvolver neste trabalho uma discussão menos maniqueísta da proposta, trazendo a pauta do modelo de controle de constitucionalidade hoje vigente no Brasil, sua legitimidade democrática e sua adequação para efetivação de direitos humanos.

4 Ponderações sobre o debate constitucional que envolve apec 33: 4.1 Desmistificando a compreensão estática do conceito de separação entre os poderes:

Primeiramente, para que se possa recolocar o debate em termos mais sóbrios, é necessário afastar alguns dos sentidos comuns que têm sido veiculados a respeito do tema. Muito foi dito a respeito de que a Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2011 responderia à patente violação ao princípio da Separação dos Poderes albergado enquanto princípio fundamental da República Federativa do Brasil no art. 2º da Constituição. Essas críticas se destinam à compreensão de que o projeto acarretaria a perda da autonomia e capacidade de fiscalizar livremente as demais instituições republicanas por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, afirma-se que a proposta seria flagrantemente inconstitucional por violar cláusula pétrea insculpida no artigo 60, §4º, III, da Constituição, segundo a qual não pode ser apreciada emenda constitucional tendente a abolir a “separação de poderes”.

O argumento, conquanto possa impressionar em razão da eloquência, haja vista versar sobre um aspecto central dos modelos democráticos praticados no ocidente, se esmaece quando se reflete mais aprofundadamente acerca do Princípio da Separação dos Poderes.

Nesse ponto há que se ponderar que o primado da separação dos poderes não possui um conceito único, que possa ser delimitado hipoteticamente. Facilmente se verifica

isso quando se observa que o próprio conceito se alterou ao longo do tempo, e do espaço – isto é, de acordo com os diferentes locais em que foi instaurado. Assim tem-se, por exemplo, que na França pós-revolucionária havia um arranjo de poderes com uma forte divisão entre eles e marcado por uma supremacia do Poder legislativo; os Estados Unidos, por sua vez, adotaram um sistema de maior conexão e harmonia entre os poderes, presente na ideia de freios e contrapesos. O próprio Brasil apresentou diferentes visões acerca do princípio em sua história constitucional.

Portanto, o Princípio da Separação dos Poderes tem conceito elástico que se molda em cada momento histórico e em cada sociedade de acordo com as conjecturas de poder. Assim, não existe uma formulação precisa, retílica para a separação dos poderes, haja vista questão sempre as relações de poder que determinam o modo pela qual esta divisão ocorrerá. Isto é dizer: as sociedades moldam o princípio da separação dos poderes como entendem em cada circunstância histórica.²⁸⁵

Desse modo, há que se pensar que arranjos institucionais, por mais consolidados que sejam, são passíveis de mudança para que novas acomodações – mais adequadas ao momento histórico – possam surgir.

Assim, ao se vislumbrar a referida proposta, percebe-se que, por si só, submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição e, posteriormente à apreciação popular na hipótese em que o Congresso Nacional discorde da declaração de inconstitucionalidade, não significa uma violação ao núcleo essencial da tripartição dos poderes.

Na verdade, pode sinalizar um sistema de fiscalização recíproca a um exercício de Poder do órgão Judicial, que passaria a ser exercida pelo Legislativo. Nessa linha, momento trazer as reflexões de Gilberto Bercovici

²⁸⁵ O Poder Judiciário e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal não são, (...) detentores do poder constituinte. Não são soberanos. São poderes constituídos, portanto, submetidos à Constituição e às leis

Deste modo, não só podem, como devem ser controlados, para que não abusem de suas funções, ou para que não usurpem funções constitucionais de outros poderes constituídos ou, ainda, tentem usurpar o próprio poder constituinte, colocando-se acima da própria Constituição e da soberania popular que a criou e a mantêm.²⁸⁶

Nessa linha, o que pretende demonstrar o autor é que não necessariamente com a introdução de sistemática no modelo brasileiro estar-se-ia rompendo com a essência da separação de poderes. Isso porque para que os Poderes não ganhem contornos absolutos faz-se necessário a inclusão de mecanismos de controle, dentro da lógica da doutrina dos *freios e contrapesos (checks and balances)*, sendo possível a interpenetração de suas atividades com o fito de que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional dos demais.

²⁸⁵ Cf. FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoinstitucionalismo e as possibilidades e os limites do Ativismo judicial no Brasil contemporâneo. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito “prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, 2010. P. 59

²⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martrônio Mon/Averne Barreto. Separação de Poderes e a Constitucionalidade da PEC 33/2011. *Online*. Disponível em: <http://www.votomundo.com.br/politica/bercovici-e-barreto-lima.html> Acesso em: 02 jul. 2013

Quanto ao argumento da petrificação da Tripartição dos Poderes, o que se vislumbra é que também a reforma não seria tendente a abolir a sua existência, mas sim modificaria a dinâmica do exercício de poder no que concerne ao controle de constitucionalidade de Emendas.

4.2 Análise estrutural sobre o modelo institucional do poder judiciário brasileiro:

Ao se superar as considerações formuladas no tópico anterior, é possível se avançar para o aspecto — que, ao menos em tese, deveria ser — central dessa discussão, qual seja, se o modelo de controle de constitucionalidade com as implicações decorrentes da sistemática brasileira (isto é dizer: capazes de ensejar uma judicialização das relações sociais e políticas e de ser passível de um ativismo judicial por parte dos magistrados) ainda se mantém adequado a democracia brasileira, ou não, se é necessária uma alteração do modelo institucional.

Esta parece ser a discussão na qual se deve avançar na seara dos estudos constitucionais. Há que se aproveitar, portanto, o acirramento desse debate ocasionado pela PEC, para se repensar e discutir o modelo de jurisdição constitucional brasileiro.

Ainda que o controle jurídico de constitucionalidade dos atos do poder normativo tenha se expandido e se cristalizado nas democracias ocidentais contemporâneas, é preciso se ter claro que este controle não precisa se dar necessariamente através de meios jurídicos, é possível a existência de um controle que seja político. Inclusive, este é o tema de um dos maiores debates na doutrina constitucional, imortalizado desde o embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o guardião da Constituição Alemã.²⁸⁷

Importante se ter claro que a discussão sobre um modelo de controle de constitucionalidade não pode ser calcada apenas no seu aspecto positivo, no sentido de se fixar os termos do debate meramente no que dispõe a constituição de 1988, é salutar que se pense além desses parâmetros, afim de que se compreenda a questão dentro de seus aspectos institucionais e democráticos. Vale mencionar o comentário de Virgílio Afonso da Silva em entrevista recente sobre a PEC 33/11.

No fundo, trata-se mais de conveniência e oportunidade do que de mera interpretação constitucional: decidir se é o STF — e não o Congresso ou o povo — quem deve ter

287 Kelsen afirmava que a guarda da Constituição deveria ser concedida à Corte Constitucional ao revés da opinião de Schmitt que aduzia ser o chefe do Poder Executivo o responsável por tal guarda. Carl Schmitt compreendia que o chefe do Poder Executivo deveria ser o guardião da Constituição, pois representaria a unidade política da nação, ademais, o fato de prestar o juramento sob a Constituição o vincularia a obedecê-la. Além disso, o chefe de Estado passa pelo crivo da eleição popular, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra. Anuaria como uma espécie de Poder Moderador. Por sua vez, Hans Kelsen compreendia que tal função não deveria ficar com o Executivo, dado o fato de que tal Poder se legitima pelo sufrágio, de modo que sempre visa atender a vontade da maioria, ainda que precise suprimir garantias das minorias. E, os direitos fundamentais necessitam ser protegidos, inclusive, da força da maioria, assim se tal poder ficasse com o chefe de Estado, as paixões políticas poderiam acabar sufocando as minorias. O Tribunal Constitucional, diferentemente dos outros órgãos, possui um corpo de membros que não estão diretamente vinculados aos eleitores, afastados, assim, do acirramento que se observa entre os partidos. Razão essa que os tornaria mais íntenos para garantir os Direitos Fundamentais.

a última palavra sobre a Constituição que queremos não é algo que decorre da própria Carta, mas envolve questões como tradição jurídica, expectativa de proteção de direitos, estabilidade democrática e legitimidade do Poder Legislativo, dentre outras²⁸⁸

A questão então é se convém para a democracia brasileira alterar o seu modelo de controle de constitucionalidade, que se caracteriza por ser um controle forte — no qual cumpre ao Judiciário dar a “última palavra” —, por um modelo do tipo fraco semelhante ao arquetipo canadense, na qual o Judiciário não dá a última palavra sobre a adequação dos diplomas normativos à constituição e é possível uma maior interação com o Poder Legislativo, com uma maior vinculação à vontade popular.

O controle de constitucionalidade no modelo brasileiro atual, como dito, se dá pelo controle judicial e não pelo controle político. A importância desse tipo de controle e a razão pela qual tenha se expandido tanto nos regimes democráticos perpassa a questão de que as determinações positivadas na Constituição se imponham como limites para aquilo que possa ser decidido legislativamente.

Na verdade, a estrutura adotada reflete cerca de duzentos anos de aprendizado social na tradição do constitucionalismo (desde 1803 no caso *Marbury x Madison*) em que se outorgou ao Poder Judiciário a capacidade de preservar os caracteres básicos do regime democrático e o direitos fundamentais, por se entender que a preservação deste conteúdo são condições de institucionalização do próprio processo democrático. Ou seja, a proteção dos direitos fundamentais positivados em uma Constituição não são limites externos à formação legítima do poder político, na verdade, são condição de possibilidade da geração legítima da vontade popular. Ainda que sejam criados pelo processo político se ligam de tal modo a este que também passam a integrá-lo.

O ponto central então seria saber se a possibilidade do Congresso Nacional poder apreciar a declaração de inconstitucionalidade de Emenda realizada pelo Supremo Tribunal Federal, com a posterior consulta popular em caso de discordância seria um meio mais legítimo e se seria um meio eficaz de proteção de direitos fundamentais.

Uma discussão concernente à legitimação democrática do órgão que exercerá o controle sempre é pertinente. Sobre tudo, pelo fato de que aquele que exerce o controle da constitucionalidade sempre lida com a real possibilidade de ultrapassar o texto constitucional, podendo, em seu juízo interpretativo, fazer uma leitura da constituição, que em verdade a descaracterize ou mesmo que fique aquém daquilo que suas possibilidades semânticas permitiriam.²⁸⁹

Nesse sentido, a qualidade democrática do controlador da constitucionalidade e a inserção de instrumentos de controle pela sociedade são discussões necessárias de serem promovidas, haja vista que o controle de adequação normativa mostra-se um poder político da mais alta importância.

Assim, a proposição de reforma demonstra, na verdade, uma preocupação com o fato de que atividade com tamanho relevo seja feita por um órgão cujos membros

288 SILVA, Virgílio Afonso da. Entrevista à Tribuna do Advogado em 13 jun de 2013. Online. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>> Acesso em: 02 jul. 2013.

289 Cf. BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Marlonio Mon/Averne Barreto. op. cit. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/bercovici-e-barreto-lima.html>> Acesso em: 02 jul. 2013

não se submeteram ao escrutínio público e que não operariam com a mais plena legitimidade democrática.

Ao se propor então a apreciação de declaração de inconstitucionalidade de emendas ao Congresso Nacional e, posteriormente, à consulta popular pretende-se uma maior articulação entre os poderes constituídos, de um modo semelhante (inclusive, proceduralmente) ao veto à projeto de lei exercido pelo Poder Executivo, no qual se observa uma maior interação entre Legislativo e Executivo.

Nesse diapasão, uma ótica que pode ser explorada é justamente essa: a de que a PEC 33/11 possibilitaria um controle de constitucionalidade do tipo fraco, de modo a estabelecer um maior equilíbrio no exercício de um poder político (controle de constitucionalidade) da mais alta relevância, o que permitiria que as celeumas constitucionais fossem solucionadas através de uma atuação conjunta de instituições que dialogam entre si, construindo o sentido dos direitos contempladas na Lei Maior a partir de uma relação dinâmica.

Dentro dessa perspectiva – da legitimação democrática e da participação dos atores sociais no controle de adequação normativa – a discussão trazida pela proposta de emenda acerca de um modelo de controle de constitucionalidade fraco mostra-se compatível com o modelo brasileiro. Primeiramente, por privilegiar um sistema de inspeção da atuação do Poder Judiciário, o que impede um exercício de poder arbitrário.

Segundo, porque é exigência de um Estado Democrático de Direito que a atuação estatal se conecte e se respalde com a vontade popular. Assim, também os procedimentos judiciais devem de algum modo se legitimar em uma vontade democrática. Esta exigência decorre de que o elemento democrático proposto por esse modelo estatal não se restringe a qualificar o Direito. Como possível observar em sua própria denominação, a democracia se liga ao próprio Estado, passando, assim, a guiar não apenas a ordem jurídica, mas todo o agir estatal, ajustado ao interesse coletivo.²⁹⁰

Pode se dizer que a pauta trazida pela proposta de emenda de se estabelecer um vínculo democrático mais denso nas decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, é algo que merece ser discutido e aprofundado.

Todavia, é preciso ponderar se os mecanismos de controle e de inserção democrática trazidos pela PEC 33/11 se mostram adequados ao espaço institucional em que se pretende aloca-los. Nesse esteio é que se indaga acerca da adequação desses instrumentos – deliberação dos representantes do povo e consulta popular – no controle de adequação normativa, sobretudo, quando se trata de direitos fundamentais, em especial, aqueles que se espalham protetivamente aos direitos das minorias.

4.2.1 O papel contramajoritário do poder judiciário, como contraponto à proposta de deliberação popular sobre matérias que envolvam direitos fundamentais das minorias:

Num debate como o aqui desenvolvido, cujo eixo central se desloca para a utilização de mecanismos que viabilizem a direta deliberação popular para a revisão judicial de atos normativos, não se pode perder de vista a importante discussão em torno do

papel contramajoritário desenvolvido pelo Poder Judiciário no sentido de se assegurar a preservação dos direitos fundamentais das minorias, sem compromisso com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição.

Neste ponto, a despeito do importante papel desempenhado pelo princípio majoritário no processo decisório que se desenvolve no âmbito das instâncias governamentais, não há como se legitimar, na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a supressão, a frustração e a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício da igualdade e da liberdade, sob pena de descaracterização da própria essência que qualifica o Estado democrático de direito.²⁹¹

Do contrário, estar-se ia perpetuando um quadro de submissão de grupos minoritários à vontade hegemônica da maioria e às paixões situacionais, diante do qual decorreria o grave comprometimento do próprio coeficiente de legitimidade democrática da instituição parlamentar, consoante adverte a doutrina constitucional²⁹², porquanto o regime democrático não tolera nem admita a opressão da minoria por grupos majoritários. Desse modo, torna-se necessário assegurar, às minorias, notadamente em sede jurisdicional, quando tal se impuser, a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados.

Nesse sentido, são valiosos os ensinamentos de LUIGI FERRAJOLI, para quem:

É nesta sujeição do juiz à constituição, e portanto no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria. Precisamente porque os direitos fundamentais em que se baseia a democracia substancial são garantidos incondicionalmente a todos e a cada um, mesmo contra a maioria, eles constituem o fundamento, bem mais do que o velho dogma juspositivista da sujeição a lei, da independência do Poder Judiciário, que para a sua garantia está especificamente vocacionado.²⁹³

Daí a resultar, numa perspectiva pluralística compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), a compreensão de que a Democracia deve se prestar a fazer com que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas que dediquem a todos os membros da comunidade o mesmo respeito e consideração.

Nesta linha de pensamento, Dworkin defende que a jurisdição se distingue da atividade legislativa justamente em razão de sua função como um *locus* em que as decisões devem se basear em argumentos de princípio. Assim, diversamente dos *puros argumentos de política*, que se referem tão somente à persecução de objetivos coletivos considerados relevantes para o bem-estar da comunidade como um todo, *argumentos de princípio* se justificariam na demons-

291 MELLO, Celso de. Voto prolatado em julgamento das ADI 4277/DF e ADPE 132/RJ. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia.ssf:familia-uniao-estavel-homosfetiva-regime-juridico-entidade-familiar-busca-da-felicidade-papel-contramajori.34268.html>>, em 04/07/13.

292 CUNHA, Sérgio Servaldo da. Fundamentos de Direito Constitucional”, Saraiva: 2004.p. 161/162.

293 FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. O novo em Direito e Política, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997, págs.101/102.

290 Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

tração do respeito ou garantia dos direitos de indivíduos ou de determinados grupos, ainda que minoritários²⁹⁴.

No Brasil, é notável o papel contramajoritário assumidamente exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como meio de se garantir efetividade dos direitos fundamentais às minorias que eventualmente se vejam vilipendiadas pela ação ou omissão do Poder Legislativo, influenciado por valores e sentimentos prevalentes na sociedade brasileira, conforme se verifica adiante no posicionamento exarado pelo atual ministro do Supremo, Celso de Mello:

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional.²⁹⁵

De acordo com esse ponto de vista, a pretensão de se deslocar a decisão sobre revisão judicial de determinada norma para apreciação popular direta, ainda que em casos muito específicos como o delimitado na PEC 33, pode se mostrar como um grande retrocesso à conquista democrática de proteção ilimitada aos direitos fundamentais. Portanto, há de se analisar com temeroso resguardo a retórica política utilizada por setores da sociedade quanto à necessidade de se limitar a competência do Supremo Tribunal Federal, submetendo parte de suas decisões ao poder decisório majoritário, sem a necessária vinculação aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

5. A pluralização dos intérpretes como alternativa viável à democratização do supremo tribunal federal:

Como último ponto, há que se dizer que a carência de legitimação democrática do Supremo Tribunal Federal – que em última análise teria suscitado o conflito entre Legislativo e Judiciário que culminou na propositura da reforma constitucional tratada nesse artigo – pode ser solucionada de formas mais adequadas do que o modo pelo qual a PEC 33 aborda a temática.

Primeiramente porque, como já se insinuou anteriormente nesta discussão, a proposta preocupa-se mais em revidar o crescimento institucional do Poder Judiciário – que passou a se imiscuir na efetivação de direitos fundamentais –, do que aprimorar e discutir os meios de controle de constitucionalidade.

Trata-se, então, de um disputa pelo poder de criar normas no ordenamento jurídico: o Legislativo que viu seu espaço decisório e sua importância política diminuir em razão do Judiciário se instrumentalizar enquanto instância apta a concretização de direitos, busca colir os meios pelos quais essa intromissão mais o afetavam, quais sejam,

294 DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, p. 26.

295 (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

a súmulas vinculantes que possuem a generalidade e obrigatoriedade típicas das leis e a possibilidade de reforma à Constituição.

Portanto, ainda que o mérito da PEC traga uma discussão importantíssima, ele não pode ser desvinculado do caráter de “retaliação” que orientou o projeto, haja vista que esse se reflete na proposta, basta que se observe a justificação apresentada. Assim, os mecanismos que supostamente promoveriam um maior diálogo institucional, voltam-se mais ao objetivo de colir a atuação do Judiciário, do que de propriamente articular uma estrutura de controle constitucional mais democrática.

Segundo porque como exposto acima o mecanismo de inserção democrática por meio de consulta popular de deliberação majoritária não seja o mais adequado às especificidades do Poder Judiciário. Isso porque ensejaria um controle acerca de suas decisões, subvertendo a racionalidade jurídica das decisões judiciais, pois em seus julgados seriam levados em consideração mais os prognósticos acerca da opinião pública (para que seu posicionamento fosse aceito no futuro) do que a averiguação com os princípios erigidos no texto constitucional, que em última análise representam a estruturação de uma sociedade democrática que se instaurou no Brasil, tanto no que refere às instituições, quanto no que toca aos direitos mínimos garantidos a todos para que o convívio entre membros – que invariavelmente serão plurais – seja possível.

Vislumbra-se, nesse aspecto uma inversão da própria democracia, uma vez que o órgão que existe para proteger certos valores contra maiorias estar-lhes-ia devolvendo o poder de decidir sobre a legitimidade das próprias escolhas. Não se pode supor que toda e qualquer decisão popular será legítima num cenário de democracia majoritária, na qual não existam mecanismos hábeis para possibilitar decisões deliberativas

Desse modo, para que os objetivos de uma maior participação social e composição democrática no exercício da jurisdição constitucional possam ser implementados sem que haja uma distorção do próprio sistema democrático, é preciso então ocorrer uma adequação entre o instrumento de democratização e a instituição a ser democratizada.

Na linha da argumentação tecida, há que se dizer, inicialmente, que os procedimentos representativos não se mostrariam adequados à função jurisdicional, haja vista que uma vinculação entre juízes e uma maioria eletiva seria prejudicial à proteção de direitos das minorias.

Mas, sabendo-se não se encaixar a democracia apenas no procedimento majoritário é preciso pensar formas capazes de inserir a população no processo decisório da corte, que não seja através da busca de uma decisão consentida pela maioria.

Assim, um dos possíveis – e adequados – meios seria através da contribuição da sociedade civil com elementos para a formação da decisão, trazendo os atores sociais para auxiliar os julgadores no preenchimento das normas constitucionais, garantindo uma maior legitimação da decisão, através da participação e com lastro em argumentos fundados na razão pública.

Isso porque diferentemente de uma decisão política majoritária, em que as resoluções podem ser tomadas com base na vontade dos agentes (isto é não necessita de qualquer justificação; aceita-se ou não a proposição), uma decisão judicial – em tese – é tomada com (exigência de) racionalidade, assim, significa que ela deve valer por se apresentar como a deliberação mais adequada de acordo com o determinado na legislação.

Projetada tal característica no controle de adequação normativa, observa-se que uma lei será ou não declarada inconstitucional a partir de uma apreciação racional de sua violação da Constituição.

Assim, para que se alcance um argumento capaz de se impor como o mais adequado para se alcançar uma deliberação racional faz-se necessário que tal argumento se mostre mais eloquente/convincente que os demais. Isto é dizer: em teoria ele teria que ser capaz de derrubar os argumentos da tese contrária, mostrando-se o mais adequado.

Dessa ideia é que se extrai a necessidade de uma democratização dos meios judiciais através da pluralização dos debates. Isso porque para que o melhor argumento possa se impor e obter assentimento generalizado, é mister que os mais diversos argumentos tenham igual oportunidade de chegar a apreciação do decisor e do público que o influencia e critica. Somente o teste do debate público, onde cada argumento é submetido a contra-argumentos, pode dar a força necessária para que o melhor argumento leve a efeito a sua força legitimadora.²⁹⁶ Nesse sentido, aduz Peter Haberle acerca da necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados e aperfeiçoados, sobretudo, quanto às formas gradativas de participação e à própria participação no processo constitucional. Assim, devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da constituição.²⁹⁷

Nesse diapasão, a legitimação democrática da jurisdição constitucional deve ser pautada pela inclusão da sociedade civil como participante do processo interpretativo, com o fito de possibilitar uma análise da questão constitucional sobre os diversos prismas dos diferentes atores sociais. O que possibilitaria uma solução do conflito normativo, baseado nos argumentos potencialmente capazes de abarcar, tanto quanto o possível a pluralidade de argumentos aventados. Isto é dizer que: ainda que a decisão profenida pela corte não atenda determinada visão, por acarretar inconstitucionalidade, o processo decisório conheceu tal argumento e foi capaz de afastá-lo, por não ser capaz de se sustentar diante da norma constitucional.

Observando essa necessidade de composição democrática nas cortes, importante mencionar que o Brasil já dispõe de alguns mecanismos de participação: a audiência pública e o *amicus curiae*, conforme previsão nos artigos 9, §1º, art. 20, §1º da Lei nº 9.868/1999 e artigo 6º, §1º, da Lei nº 9.882/1999, atualmente utilizados em casos de grande repercussão.

Em linhas gerais o *amicus curiae* se consubstancia numa forma de participação de pessoas ou organizações que apesar de não serem partes, são interessadas no litígio constitucional. Desse modo, emitem pareceres, encaminham documentos, apresentam memoriais, buscando contribuir para a formação da decisão judicial, para que possam participar devem ser aceitos pelo relator e geralmente se requer que as entidades que atuam como *amicus curiae* gozem de algum tipo de representatividade.

As audiências públicas se consubstanciam em uma reunião na qual a população e pessoas com autoridade na matéria discutida pelo Supremo Tribunal Federal debatem acerca do tema, visando obter esclarecimentos da pauta em questão.

Ambos os instrumentos mostram-se como formas de se propiciar uma participação da sociedade civil, tirando-a da condição de mera expectadora. Desse modo a partir dessa composição juntamente aos cidadãos é possível se pluralizar o debate constitucional,

auxiliando numa maior racionalização das decisões judiciais através de um espaço institucionalizado de comunicação e participação capaz de conferir um caráter dialógico ao processo de interpretação, acrescentando à Corte informações e experiências de ordem jurídica, social cultural e econômica, em busca de consensos publicamente construídos e não organicamente impostos.²⁹⁸

Conquanto, se mostrem iniciativas importantes para a resolução de uma pauta de democratização do processo decisório precisam ser aprofundadas e passadas a serem utilizadas mais amplamente nos Julgamentos do Supremo Tribunal Federal, sendo poucasíssimas as vezes que, por exemplo, as audiências públicas foram realizadas pela Corte.²⁹⁹

Ademais, é necessário se ponderar que a mera admissão desses sujeitos, por si só, em nada altera a distância usual entre o Judiciário e a sociedade. A legitimação das decisões judiciais e a proclamada pluralização e democratização do controle constitucional através dos *amici curiae* e da audiências públicas somente se efetiva se a contribuição trazida por esses instrumentos ao processo de fato influir na dinâmica de tomada de decisão dos Ministros, se os argumentos trazidos à Corte, por exemplo, constarem nos votos e forem sobrepostos no mesmo conjunto das demais teses e provas constantes dos autos.

Essas figuras perdem sentido quando limitadas a mera obediência do procedimento previsto para tal. A desconsideração dos argumentos trazidos transforma o instituto em mais um formalismo.

Assim, um posicionamento crítico a respeito do atual modelo institucional do Poder Judiciário, ainda que preponderante para o aperfeiçoamento de seus mecanismos democráticos, não deve ensejar uma reforma que além de pretender em última análise um esvaziamento de seu papel institucional, se junte a discutir instrumentos inadequados a função desempenhada, querendo trazer formação de decisão majoritária para um espaço de construção deliberativa e que mantêm a discussão de aperfeiçoamento democrático em níveis instrumentais e procedimentais, não se questionando uma efetivação substancial.

Falar em pluralização do processo, e do Judiciário como um todo, significa trazer novas vozes ao processo decisório, significa agregar novos anseios e interesses, diversificar as perspectivas. Plural é o que aumenta, o que multiplica, tal acréscimo, contudo não é numérico, e sim substancial, para a contribuição na formação decisória do juiz.

Conclusão

Pelos estudos percorridos, denota-se que a expansão da atuação política do Poder Judiciário já é uma realidade em diversos Estados, sobretudo a partir da 2ª Guerra Mundial, com a modificação paradigmática no modo como se encara o Direito, já não afastado dos questionamentos morais como propunha até então a escola hegemônica jus positivista, mas fincado ao questionamento do justo.

Neste compasso, e também fortemente influenciado pela instauração de um modelo de Estado mais intervencionista, o Estado do Bem Estar Social, algumas Constituições nacionais ganham mais substância e passam a refletir e expressar diretamente os anseios sociais, com a consagração de um rol cada vez maior de direitos so-

296 Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. São Paulo: Renovar, 2002, p. 297

297 Cf. HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris, 2002, p. 46-49

298 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Jurisdição Constitucional Participativa*. Revista internacional de direito e cidadania, n.º 11, p. 59-78, out 2011, p. 71.

299 *Ibid.*, p. 72-73

ciais e culturais, aptos a serem concretizados a partir das ações afirmativas do Estado. No Brasil não foi diferente, após a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe à baila a previsão de um rol amplo de direitos sociais, foi progressivamente modificada função clássica exercida pelos juízes, que provocados à efetivação de matéria constitucional, por vezes, ante à inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, passou a adotar postura afirmativa, o que para alguns passou a significar exorbitação de suas funções.

Neste contexto, tornou-se inevitável o embate entre o Poder Judiciário, direcionado à sua cúpula, o Supremo Tribunal Federal, e os Poderes Executivo e Legislativo. O caso mais recente e polêmico deste embate é aqui retratado. Trata-se do Projeto de Emenda Constitucional nº 33, que visa, entre outras medidas, a imposição da anuência do Congresso às decisões que declarem inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e, em última análise, caso haja recusa em aceitar a decisão exarada por aquela Corte, a deliberação popular direta para decisão final.

Referido projeto se embasa no discurso acerca da ausência de legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, porquanto não seja composta por membros eleitos, o que lhe limitaria a competência para dar a última palavra dentro do sistema de revisão judicial dos atos normativos.

Ocorre que, conforme minuciosamente exposto, tal iniciativa, conquanto fomenta importante debate sobre a necessidade de se desenvolver ou intensificar mecanismos democráticos no Poder Judiciário, ainda assim não é o meio apto para sua transformação, restringindo-se a uma retórica com vistas à disputa do poder decisório.

O que se nota, em verdade, é que a democratização do processo decisório do Supremo Tribunal Federal, suscitada pela PEC 33/11, não se limita apenas a instauração de procedimentos formais de participação, pois em alguma medida, já existem instrumentos aptos a se traduzir a pluralidade social com suas diferentes perspectivas no processo decisório – de um modo substancial e não meramente de decisão majoritária.

A carência de participação democrática então, que se reflete em iniciativas como a de submeter as decisões de controle de constitucionalidade novamente a procedimentos majoritários, está mais a refletir a falta de uma efetivação material do uso instrumentos como os aeventados (*amicus curiae* e audiências públicas), que fosse capaz de permitir, de fato, uma apropriação democrática desse espaço, do que necessariamente a criação de novos métodos de participação.

Em síntese, não se trata tão somente da ausência de instrumentos aptos a possibilitar uma composição democrática; mas sim de uma real efetivação dessa participação, enquanto meio capaz de possibilitar uma pluralização de debates, e o desenvolvimento de um argumento racional apto a construir uma deliberação popular de veras efetiva para a contribuição na formação decisória do juiz.

Referências Bibliográficas

- ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário**: entre a Justiça e a política. São Paulo: Idesp/Sumaré, Educ.
- BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mon'Averne Barreto. Separação de Poderes e a Constitucionalidade da PEC 33/2011. **Online**. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/politica/bercovici-e-barreto-lima.html>> Acesso em: 02 jul. 2013

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 68.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. **Fundamentos de Direito Constitucional**. Saraiva: 2004.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neonstitucionalismo e as possibilidades e os limites do Ativismo judicial no Brasil contemporâneo**. 2010. 312 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito “prof. Jacy de Assis”, Universidade Federal de Uberlândia, 2010. P. 59

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: **O novo em Direito e Política**. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio Grande do Sul: Sérgio Fabris, 2002.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Livraria Francisco Alves, 1915.

MELLO, Celso de. **Voto prolatado em julgamento das ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ**, Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia,sf-familia-uniao-estavel-homoafetiva-regime-juridico-entidade-familiar-busca-da-felicidade-papel-contramajori,34268.html>>, Acesso em: 04/07/13.

Proposta de Emenda à Constituição N. 33 de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>> Acesso em: 29 jun. 2013

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Jurisdição Constitucional Participativa**. Revista internacional de direito e cidadania, n.º 11, p. 59-78, out 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Entrevista à Tribuna do Advogado em 13 jun de 2013**. **Online**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/virgilio-afonso-silva-professor-usp-comenta-pec-33-embate-poderes>> Acesso em: 02 jul. 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. São Paulo: Renovar, 2002.