

CAPÍTULO V

POLÍTICAS PÚBLICAS E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

DOI: <http://dx.doi.org/10.18616/dirhum11>

Anizio Pires Gavião Filho

VOLTAR AO SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

A presente investigação pretende tratar das discussões em torno da judicialização da política.

Essa temática pode ser examinada a partir de vários aspectos e enfoques, mas o que se pretende aqui responder é se o constitucionalismo de direitos leva à judicialização dos direitos e, com isso, desemboca na judicialização da política, cujo resultado é o Estado de Direito judicial ou dos juízes.

Essa investigação se justifica tanto pelo enfoque científico como sobre a perspectiva da aplicação do Direito na prática judicial. Não são poucas as pesquisas destinadas a alcançar cientificidade nas discussões sobre a judicialização da política. Igualmente, não são poucas as decisões dos juízes e tribunais que podem ser inseridas no contexto da discussão sobre judicialização da política ou politização da jurisdição.

Nos dois planos, as divergências são intensas. No âmbito da prática judicial dos tribunais, um número expressivo de decisões diz que a implementação de políticas públicas é uma atividade de competência do Poder Executivo. Por outro lado, igualmente, muitas decisões reconhecem à atividade jurisdicional a competência e legitimidade para a concretização de políticas públicas.

Cada uma dessas posições se acha acompanhada por razões e argumentos. Diante desse quadro, então, o que segue tem a pretensão de discutir essas razões e o objetivo de responder, ainda que parcialmente, questões como as seguintes. O que se quer dizer com limites à judicialização da política? A política pode ser judicializada? O que é apenas e tão somente execução de política pública? Esse é o caso quando da não execução de uma política pública resulta violação a direitos fundamentais? Ações materiais de concretização dos direitos fundamentais a prestações (direitos fundamentais sociais) se acham integralmente inseridas no âmbito do que se costuma designar como espaço de discricionariedade administrativa para a realização de políticas públicas?

Os casos de omissões do Poder Executivo nas áreas da saúde, educação, habitação, segurança e meio ambiente, que configuram violação de direitos fundamentais, devem ser ainda tratados como assunto de política pública?

Quando e quais são as condições sob as quais uma omissão estatal consistente em não fornecer medicamentos, internações ou procedimentos cirúrgicos ou não recuperar uma área ambiental degradada pelo depósito de lixo configura violação de direitos fundamentais?

A fim de que essas questões possam ser respondidas, a investigação proposta tratará, inicialmente, das concepções sobre política e políticas públicas. Em seguida, são apresentadas formulações sobre os direitos fundamentais sociais e, notadamente, sobre o direito fundamental à saúde. Por fim, será apresentada a metodologia da ponderação como critério para a concretização de posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde, a saber, o reconhecimento judicial de direito subjetivo definitivo a prestações estatais materiais consistentes em serviços médicos e prestações de serviços de saúde.

POLÍTICA E POLÍTICAS PÚBLICAS

A questão central a ser respondida sobre os questionamentos propostos é em que sentido se emprega judicialização e política. Daí, então, pode-se falar em judicialização da política e em limites da judicialização da política. Essa questão coloca no centro o significado atribuído às palavras *política* e *judicialização*.

Em uma primeira aproximação, pode-se tomar judicialização da política como o levar à apreciação dos juízes e tribunais as escolhas políticas que se acham inseridas no espaço de discricionariedade da administração. Nesse caso, significa afirmar que as decisões dos juízes e tribunais são decisões de políticas. Algo diferente é dizer que as decisões judiciais são decisões políticas. Em sentido amplo do que é *o político*, os juízes e tribunais são políticos e tomam decisões políticas.

Isso, contudo, difere do afirmar que os juízes decidem questões de política. Questões de política são questões da administração e não da jurisdição, mesmo da constitucional. Decisões sobre políticas públicas são decisões de política. As políticas públicas são atividades estatais de elaboração,

planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado de Direito constitucional democrático e promoção e proteção dos direitos fundamentais.

A proteção e o cumprimento dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal são realizados pelo Estado, mediante a execução de políticas públicas em diversas áreas, como: segurança pública, saúde, educação, meio ambiente, lazer etc. Se uma questão se acha inserida no âmbito da implementação de políticas públicas, então, não deve haver dúvida. Cuida-se de competência da administração. Essa questão se acha inserida no espaço liberado da discricionariedade do administrador público. O juiz não detém legitimidade e competência institucional para decidir como devem ser conduzidas as políticas públicas de promoção dos objetivos estatais estabelecidos na Constituição Federal.

Efetivamente, no marco do sistema jurídico de um Estado de Direito constitucional democrático, o espaço do liberado pela Constituição Federal ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo não pode ser invadido pela atuação da jurisdição constitucional ou infraconstitucional.

O espaço do político e do jurídico, quando definidos pela Constituição Federal, determinados estão. O contrário disso é a politização da jurisdição e a judicialização da política com sérios prejuízos para a democracia e, até mesmo, para os direitos fundamentais. A jurisdição detém um papel político, mas sua atuação política se dá nos limites da interpretação judicial constitucional e infraconstitucional.

Então, a definição, o planejamento e a execução das políticas públicas, nisso inserida a determinação das ações materiais concretas a serem executadas e a destinação dos recursos públicos, previstas na lei orçamentária para a concretização dessas ações, compete ao administrador público, no marco do espaço liberado pelo legislador constitucional e infraconstitucional.

A judicialização da política não se acha justificada no marco do ordenamento do Estado de Direito constitucional democrático.

A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O problema é que a judicialização dos direitos fundamentações sociais, que são direitos a prestações estatais, identifica-se com a implementação de políticas públicas e, com isso, à judicialização da política.

O resultado é a concretização de políticas pela jurisdição e não pela administração.

Os argumentos apresentados à judicialização dos direitos fundamentais sociais se acham substancialmente assentados no princípio formal da divisão das funções estatais.

Argumenta-se que a concretização material dos direitos fundamentais sociais a prestações depende, primeiro, da iniciativa do Poder Legislativo, colmatando a normalização constitucional e, segundo, da atuação do Poder Executivo. Os direitos fundamentais sociais, como são entendidos os direitos a prestações materiais, são direitos cuja exigibilidade judicial somente pode realizada após a atuação do legislador infraconstitucional¹.

O argumento central é o de que cabe ao legislador e ao executivo administrador determinar quais são as ações materiais definitivamente devidas. Nesse contexto, os direitos fundamentais sociais são identificados com políticas públicas. A determinação e a execução de políticas públicas, em qualquer área da atuação estatal, estão inseridas no espaço livre da discricionariedade administrativa². Então, cabe ao legislador e à administração escolher, conforme seus critérios de conveniência e de oportunidade, nisso considerada a disponibilidade de recursos orçamentários, quais devem ser as ações de implementação das políticas públicas. Esse processo de tomada de decisões é político e não jurídico.

Essa formulação implica que o espaço de competência reservado constitucionalmente às decisões políticas do administrador público se acha ex-

1 Cf. Böeckenforde (1999), p. 78-79.

2 Cf. Böeckenforde (1999), p. 82.

cluído da interferência do jurídico e do controle judicial. A intervenção judicial nesse espaço de discricionariedade política conduz à judicialização da política e à hipertrofia da atuação judicial, abarcando a jurisdição a própria função administrativa. Essa hipertrofia configuraria um caso de ativismo judicial não juridicamente autorizado. É que a jurisdição se transforma em administração, com mais prejuízos do que benefícios para a própria concretização dos direitos fundamentais sociais no sentido de sua universalidade.

Outro argumento é que os recursos estatais são escassos ou, mais corretamente, limitados.

A União, cada Estado e cada Município, anualmente, dispõem orçamentariamente de um valor determinado para atender as prestações materiais exigidas à concretização dos mais diversos direitos fundamentais sociais. Cada administrador, então, deve planejar a execução de ações materiais ao longo de cada ano, conforme essa disponibilidade orçamentária, aliás, como determinada na lei orçamentária de cada ente estatal.

Então, a gestão dos recursos e das ações executadas deve seguir o curso normal do planejado, conforme as diretrizes e os problemas como um todo. Essa gestão é política, mas também técnica, o que exige certas competências e habilidades.

O problema é que a imposição judicial de obrigações materiais, consistentes no fornecimento de medicamentos, procedimentos cirúrgicos, internações e assistência médica, para além do já determinado pela administração pública, no marco da legislação infraconstitucional, pode representar um grave comprometimento da gestão total dos recursos públicos.

Nas demandas levadas do Poder Judiciário, o juiz e os tribunais se ocupam de uma situação individual e o seu objetivo é aplicar o Direito de modo a realizar a justiça do caso. Se, conforme a interpretação judicial, a justiça do caso é o fornecimento de uma prestação material qualquer, isso é o definitivamente determinado e deve ser obrigatoriamente cumprido pelo ente estatal.

O que a experiência da prática jurídica revela é que são centenas de milhares de casos em que são demandados, em face dos entes estatais, os mais

variados tipos de prestações materiais, principalmente as prestações do direito fundamental à saúde, e não são poucos os casos em que o resultado é reconhecimento de direitos definitivos a essas prestações materiais. A consequência é incapacidade de uma adequada gestão administrativa e financeira dos recursos públicos destinados à execução das suas próprias escolhas.

O argumento da reserva do possível tem sido oferecido para justificar o não reconhecimento de prestações materiais do direito fundamental à saúde. Esse argumento tem origem na cláusula da reserva do possível, formulada originariamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão³.

Ele diz que as prestações materiais devidas pelo Estado somente podem ser exigidas na medida do que for possível sob o ponto de vista da disponibilidade dos recursos estatais para atendimento das demandas sociais de toda a coletividade. Isso significa que as posições fundamentais jurídicas individuais não são ilimitadas à custa da sociedade como um todo. Os limites estão exatamente naquilo que uma pessoa pode razoavelmente exigir da coletividade⁴.

A cláusula da reserva do possível tem sido apresentada como barreira ao reconhecimento de prestações materiais cuja realização implica custo para o erário. Como os recursos públicos são escassos, a realização das prestações estatais materiais de saúde está condicionada à disponibilidade orçamentária.

Assim, por exemplo, a determinação judicial de que um determinado procedimento cirúrgico seja realizado ou de que um determinado medicamento seja fornecido está condicionada a aquilo que pode ser de fato realizado, conforme os recursos públicos disponíveis. O argumento da reserva do possível nos coloca a questão do custo dos direitos.

3 A expressão reserva do possível foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF), em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão. Essas restrições de acesso ao ensino superior foram questionadas perante o Tribunal Constitucional Federal Alemão (SCHWABE, 2005, p. 656-667).

4 Cf. BVerfGE 33, 303, *in* Schwabe (2005), p. 664-666.

Então, tem-se a seguinte questão. Como resolver o caso em que a jurisdição se vê diante de um pedido em que são deduzidas judicialmente prestações estatais materiais, com base em normas de direitos fundamentais sociais da Constituição Federal?

Por um lado, essas prestações materiais se identificam com a implementação de Políticas Públicas, cuja competência institucional é da administração. Por outro lado, são apresentadas aos juízes e tribunais pretensões de prestações materiais com fundamento em interpretação de normas constitucionais que, como tais, vinculam juridicamente a todos.

O que segue tem a pretensão de justificar que os casos de omissões estatais que resultam em violação de posições fundamentais jurídicas definitivas do feixe de posições fundamentais jurídicas de direitos fundamentais encontram justificação racional no marco do ordenamento jurídico.

Essa justificação pressupõe uma teoria dos princípios e uma teoria dos direitos fundamentais. Elas dizem que os direitos fundamentais são princípios e os princípios se aplicam mediante ponderação. A ponderação exige uma teoria da argumentação racional⁵.

A PONDERAÇÃO

A teoria dos princípios diz que o sistema jurídico é um sistema de normas jurídicas que são regras e princípios.

As regras são normas que ordenam definitivamente e, por isso mesmo, mandamentos definitivos, que devem ser cumpridos exatamente conforme o determinado. Se uma regra vale, então, está ordenado fazer exatamente o fixado no espaço do fático e do juridicamente possível. Por isso mesmo, é correto dizer que as regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam algo definitivamente⁶. O dever estabelecido pelas regras é sempre definitivo. A maioria das regras ordena algo para o caso de que determinadas condições sejam satisfeitas, de tal sorte que são normas

5 Cf. Schauer (2012), p. 316.

6 Cf. Alexy (2000), p. 295.

condicionadas. Quando os pressupostos da regra estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica estabelecida. Assim, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela determina.

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos a serem otimizados, de tal sorte que admitem cumprimento em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas – as possibilidades jurídicas são exatamente os princípios em sentido contrário⁷. Os princípios contêm um dever ideal e, por isso mesmo, não contêm um dever definitivo, mas um dever *prima-facie*. Como mandamentos ideais, exigem mais do que é possível realmente⁸. Princípios colidem com outros princípios e, por isso, a forma típica de aplicação dos princípios é a ponderação⁹. Somente a ponderação leva do dever-*prima-facie* ideal ao dever real e definitivo¹⁰. Por isso mesmo, essas normas estabelecem posições fundamentais jurídicas e deveres jurídicos *prima-facie*. Após a ponderação é que será possível a configuração de posições fundamentais jurídicas e de deveres definitivos, passíveis de exigibilidade judicial.

A compreensão do sistema de normas jurídicas como um modelo de regras e de princípios permite a identificação das normas de direitos fundamentais como princípios. A teoria dos princípios propõe o enunciado de que os direitos fundamentais são princípios. Então, as normas de direitos fundamentais são mandamentos a serem otimizados, cumprindo-se em diferentes graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades jurídicas são outros direitos fundamentais que entram em jogo na ponderação, disso resultando o grau de realização dos direitos fundamentais. Os princípios e, assim, os direitos fundamentais, são ponderados, pois esta é sua forma de aplicação¹¹.

7 Cf. Alexy (2000), p. 295.

8 Cf. Alexy (2007), p. 37.

9 Cf. Barak (2012), p. 346.

10 Cf. Alexy (2007a), p. 64.

11 Cf. Alexy (2015), p. 147.

É daí que resulta a relação de implicação recíproca entre o caráter de princípio de uma norma de direito fundamental e o princípio da proporcionalidade em sentido amplo: “o caráter de princípio implica o princípio da proporcionalidade e vice-versa”¹².

A ponderação está dentro do princípio da proporcionalidade. É que o princípio da proporcionalidade se compõe de três princípios parciais: *a*) idoneidade; *b*) necessidade; *c*) proporcionalidade em sentido restrito. A ponderação é o princípio da proporcionalidade em sentido restrito. Os três princípios parciais expressam uma ideia de otimização. O princípio parcial da proporcionalidade em sentido restrito é o lugar da ponderação e diz com cumprimento do mandamento de otimização conforme as possibilidades jurídicas¹³.

Este princípio parcial se deixa formular como a primeira lei da ponderação ou lei da ponderação material e que diz: quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro¹⁴. Essa formulação pode ser dada igualmente deste modo: quanto maior o grau de intensidade da intervenção em um princípio *P*, maior deve ser o grau de importância da realização de outro princípio fundamental *P*.

A verificação desses graus deve ser realizada em três passos: *a*) deve ser comprovado o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio – ou o grau de intensidade da intervenção ou restrição nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *b*) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário – ou o grau de importância dos fundamentos que justificam a intervenção nas posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental ou nas dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido; *c*) deve ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro princípio – ou se a importância

12 Cf. Alexy (2007), p. 50; Borowski (2003), p. 50.

13 Cf. Alexy (1994), p. 146.

14 Cf. Alexy (1994), p. 146.

da realização das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de um direito fundamental justifica a restrição das posições fundamentais jurídicas *prima facie* de outro direito fundamental¹⁵.

O resultado dessa operação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos coletivos constitucionalmente protegidos.

Diferentemente do que parecem sugerir algumas decisões judiciais¹⁶, os princípios da divisão dos poderes e o da disponibilidade orçamentária não detém primazia ou precedência absoluta sobre todos os outros princípios constitucionais, notadamente sobre as normas de direitos fundamentais. A precedência deve ser sempre condicionada às circunstâncias da situação concreta tomada, e não incondicionada, pois todos os princípios constitucionais, em abstrato, encontram-se no mesmo nível – não existem direitos absolutos.

Assim, um caso de exigibilidade judicial de uma prestação material do direito fundamental deve ser resolvido pela ponderação, porque se cuida de um caso que coloca uma colisão de princípios. A determinação da relação de precedência de um princípio sobre o outro ou os outros é sempre condicionada às circunstâncias do caso concreto.

Portanto, a correta interpretação do caso e suas particularidades, bem como a segurança das afirmações empíricas, são decisivas para a ponderação.

A lei da ponderação diz que o grau de intensidade de intervenção em um princípio deve estar justificado pelo grau de importância da realização do outro princípio. Nos casos de demandas judiciais em que são deduzidas prestações materiais do direito fundamental à saúde, deve-se investigar o grau de importância da realização dessa prestação material para a pessoa que formula o pedido judicial. Esse grau pode ser medido também pelo prejuízo que a não realização da prestação material pode resultar para essa pessoa.

Se alguém deduz um pedido de internação hospital ou realização de algum procedimento cirúrgico, o que deve ser verificado, no caso concreto, é

15 Cf. Alexy (2007b), p. 133.

16 Cf. STJ, RESP 63128, j. 20/05/1996, DJ 20/05/1996; STJ, RESP 169876, j. 16/09/1998, DJ 16/09/1998.

qual o grau de importância disso para quem formula essa pretensão ou qual é grau de prejuízo que pode resultar para a saúde dessa pessoa a negativa da internação hospital ou da realização do procedimento.

Um grau alto de importância ou um grau alto de prejuízo joga pesadamente em favor da precedência condicionada do direito fundamental à saúde em relação aos princípios formais da divisão dos poderes e da disponibilidade administrativa. Assim, por exemplo, o argumento de que a negativa de internação ou de realização de um procedimento cirúrgico vai implicar a morte da pessoa ou que vai comprometer e agravar severamente suas condições de saúde.

Um grau baixo de importância ou um grau baixo de prejuízo já coloca dificuldade para a precedência condicionada do direito fundamental à saúde sobre os outros princípios. Assim, por exemplo, o argumento de que a negativa da prestação material de um medicamento configura um passageiro desconforto ou que o ente estatal disponibiliza outros medicamentos com aproximado grau de eficácia.

O grau atribuído à importância de satisfação do direito fundamental à saúde ou o grau atribuído ao prejuízo pela não satisfação da prestação material deve ser comparado com o grau de intensidade de intervenção ou prejuízo que a satisfação da prestação material deduzida faz sentir no princípio formal da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária.

Na verdade, a satisfação de uma prestação material deduzida por alguém pode afetar não apenas o espaço da discricionariedade da administração estatal e os recursos públicos destinados à área de saúde, mas também posições fundamentais jurídicas de outras pessoas, também titulares de posições fundamentais jurídicas do direito fundamental à saúde. Esse é o caso quando a satisfação da prestação material deduzida por uma pessoa representar impacto de significativa repercussão na disponibilidade dos recursos públicos. Assim, por exemplo, quando uma pessoa deduz pedido para fornecimento de um medicamento importado ou a realização de algum tratamento no exterior, com custo bastante elevado, comparado ao custo dos medicamentos e dos tratamentos normalmente disponibilizados no mercado interno.

Nesse caso, a satisfação da prestação material deduzida configura alto grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo no espaço de atuação da gestão administrativa dos recursos públicos e, também, de outras pessoas, que igualmente são titulares do direito fundamental à saúde.

A atribuição desses graus deve ser seguida pelo estabelecimento de uma relação entre eles. Um alto grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde justifica a sua precedência sobre os outros princípios, desde que o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes seja médio ou baixo. Se for igualmente alto, então, tem-se um empate.

Em qualquer caso de empates, deve prevalecer o decidido pela administração estatal, o que significa a inexigibilidade judicial. Nesse caso, não se tem configurada uma precedência de um princípio sobre o outro e, portanto, não pode ser justificada a exigibilidade judicial da prestação material deduzida.

Um médio grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde justifica a sua precedência sobre os outros princípios, desde que o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes seja baixo. Se igualmente médio, então, há empate, caso que a prestação material não pode ser alcançada judicialmente porque não estabelecida a relação de precedência.

Um baixo grau de importância de satisfação ou de prejuízo pela não satisfação do direito fundamental saúde não pode justificar qualquer relação de precedência sobre os outros princípios, pois o grau de intensidade de intervenção ou de prejuízo destes não pode ser menor do que baixo.

Tem-se, igualmente, um empate, o que implica inexistência de relação de precedência para justificar a exigibilidade judicial da prestação material.

A atribuição desses graus não pode ser arbitrária e desacompanhada de premissas empíricas seguras. Essa formulação destaca duas questões.

Primeiro, que a atribuição de graus deve ser fundamentada. O intérprete judicial não se desincumbe devidamente do dever de ônus argumentativo quando apenas atribui graus e não apresenta razões para justificar os graus atribuídos.

Segundo, essa atribuição de graus deve se achar acompanhada de evidências empíricas. O afirmado em relação ao estado das coisas deve ser justificado por meio de premissas empíricas seguras.

A lei epistêmica da ponderação diz que quanto maior o grau de intervenção em um princípio, tanto maior deve ser a segurança das premissas empíricas justificadoras dessa intervenção. Então, não basta afirmar que a realização de uma prestação material como um procedimento cirúrgico é de grande importância para a saúde da pessoa ou que o prejuízo da negativa de realização do procedimento é extremo. O que for afirmado deve ser acompanhado de razões e evidências objetivas¹⁷.

Quando se afirma que o medicamento x não produz os efeitos pretendidos ou que existem outros medicamentos já disponibilizados pelo ente estatal com a mesma eficácia, devem ser apresentados provas objetivas a fim de que possa ser verificada a verdade do afirmado. Quando se diz que a realização de uma medida de internação hospitalar ou a de um procedimento cirúrgico deve ser imediatamente alcançada, igualmente, esse deve ser o caso e evidências concretas devem ser apresentadas.

O resultado da ponderação é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada de um princípio sobre o outro ou os outros em colisão. Trata-se, sempre, de relação de precedência condicionada porque estabelecida em atenção às circunstâncias do caso concreto, que dizem exatamente com a determinação dos graus de intensidade de intervenção em um princípio e o de importância de realização de outro princípio, a partir das evidências empíricas apresentadas e disponíveis.

Com isso, então, a ponderação leva à regra que diz que está ordenada definitivamente a consequência jurídica do princípio que detém a precedência.

Tem-se, então, uma posição fundamental jurídica definitiva, o que significa um direito subjetivo definitivo passível de exigibilidade judicial.

17 Cf. Alexy (2007c), p. 91; Klatt e Johanés (2015), p. 60-67.

CONCLUSÕES

Assim, podem ser justificadas as seguintes proposições.

1. Os juízes e tribunais detêm legitimidade e competência para impor à administração a realização de prestações fáticas ou materiais, quando violadas posições fundamentais jurídicas definitivas do direito fundamental à saúde.
2. Quando a omissão estatal que configura ofensa a uma posição fundamental jurídica definitiva, a questão ultrapassa os limites da chamada concretização de políticas públicas. Nesse caso, não há apenas uma questão de realização de política pública, mas também de violação de uma posição jurídica definitiva de uma disposição jurídica de direito fundamental.
3. A teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a ponderação mostram que as objeções ao reconhecimento de posições fundamentais jurídicas definitivas podem ser superadas.
4. A configuração de uma posição fundamental jurídica definitiva a uma prestação material de saúde depende da ponderação de princípios.
5. As normas de direitos fundamentais são princípios, que se cumprem em graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas.
6. Os princípios são aplicados mediante ponderação, que o é o terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade.
7. Somente depois da ponderação de princípios é possível se falar de posições fundamentais jurídicas definitivas. Antes, apenas de posições fundamentais jurídicas *prima-facie*.
8. Essa formulação pressupõe exatamente a ausência de princípios absolutos.
9. Os princípios da divisão dos poderes e da disponibilidade orçamentária, que abrigam as principais objeções aos direitos fundamentais a prestações materiais, como o argumento da discricionariedade administrativa e o argumento da reserva do possível, são princípios e, como tais, ponderáveis e superáveis.
10. O caso não é de limites à judicialização da política.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- ALEXY, Robert. On the Structure of Legal Principles. *In: Ratio Juris*, v. 13, n. 3. Sept. 2000, p. 294-304.
- ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. *In: Constitucionalismo discursivo* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007p. 19-40.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *In: Constitucionalismo discursivo* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a, p. 41-54.
- ALEXY, Robert. A fórmula peso. *In: Constitucionalismo discursivo* (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 131-153.
- ALEXY, Robert. Thirteen Replies. *In: Pavlakos, George (Ed.). Law, Rights and Discourse*. Oxford: Hart Publishing, 2007c, p. 333-366.
- BARAK, Aharon. **Proportionality**. New York: Cambridge, 2012.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales** (trad. Juan Luis Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez). Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales** (trad. Carlos Bernal Pulido). Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.
- KLATT, Matthias; JOHANES, Schmidt. **Espaços no direito público. Para a doutrina da ponderação da teoria dos princípios** (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.
- SCHAUER, Frederick. Balancing, subsumption, and the constraining role of legal text. *In: KLATT, Mathias (Ed). Institutionalized reason*. Oxford: Oxford University, 2012, p. 307-316.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** (org. e introd. Leonardo Martins). Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.