

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
LARA FERREIRA FREITAS REIS**

**ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA
Nº 818:
supremacia judicial em foco**

**Juiz de Fora
2018**

LARA FERREIRA FREITAS REIS

**ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA
Nº 818:
supremacia judicial em foco**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Constitucional sob orientação da Prof. Dra. Waleska Marcy Rosa.

Juiz de Fora

2018

FOLHA DE APROVAÇÃO

LARA FERREIRA FREITAS REIS

ANÁLISE DA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PEDIDO DE SUPESNÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº818 : supremacia judicial em foco

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito ... submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dra. Waleska Marcy Rosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Nilton Rodrigues de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Kélvia Faria Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, de de 2018

RESUMO

O presente trabalho analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 818 que obrigou o Poder Executivo a fornecer fraldas descartáveis pelo Programa Farmácia Popular do Brasil a pessoas com deficiência, benefício garantido aos idosos. O objetivo deste artigo é verificar se a Suprema Corte, na decisão analisada, ao redefinir o orçamento de uma política pública, incorreu em supremacia judicial. Para tanto, adotou-se como marco teórico a definição de Jeremy Waldron de supremacia judicial, desenvolvida a partir do sistema de *judicial review* forte. A metodologia empregada foi a pesquisa empírica, utilizando o referencial teórico como medida para a realização das referências. Ao final, verifica-se que o STF, ao redefinir o orçamento da saúde pública, interferiu de forma abusiva em assunto de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, adotando postura ativista, ao perseguir um programa social, e incorrendo, assim, em supremacia judicial.

Palavras-chave: Política Pública; Ativismo Judicial; Supremacia Judicial.

ABSTRACT

This paper analyzes the decision handed down by the Federal Supreme Court in the request for Suspension of Early Guardianship No. 818, that forced the Executive Branch to provide disposable diapers through Brazilian Popular Pharmacy Program to people with disabilities, a benefit guaranteed to the elderly. The purpose of this article is to verify if the Supreme Court, in the decision analyzed, when redefining the budget of a public policy, incurred in judicial supremacy. Therefore, Jeremy Waldron's definition of judicial supremacy which was developed based on strong judicial review was adopted as a theoretical framework. The methodology used was the empirical research, using the theoretical reference as a measure for the accomplishment of the inferences. In the end, it turns out that the Supreme Court, by redefining the public health budget, improperly interfered in the competence of the Executive and Legislative Powers, adopting a position of judicial activism, pursuing a social program, and thus incurring in judicial supremacy.

Keywords: Public Policy; Judicial Activism; Judicial Supremacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 A SUPREMACIA JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	8
2.1 Noção de controle de constitucionalidade.....	8
2.2 Noção de supremacia judicial segundo Jeremy Waldron.....	11
3 METODOLOGIA DE PESQUISA E DESCRIÇÃO DA DECISÃO ANALISADA.....	16
3.1 Percurso metodológico.....	16
3.2 Descrição da decisão do Supremo Tribunal Federal.....	17
4 APLICAÇÃO DA TEORIA DE JEREMY WALDRON NA ANÁLISE DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 818.....	20
4.1 O direito à saúde em foco.....	20
4.2 Inferências.....	22
5 CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS.....	28

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, no Brasil, a jurisprudência acerca do direito à saúde tem mostrado uma intervenção cada vez maior do Poder Judiciário na seara dos Poderes Executivo e Legislativo, a fim de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde e assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana. Observa-se, assim, que o Poder Judiciário tem ampliado seu leque de atuação, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos e tratamentos de alto custo não previstos pelos entes públicos, seja do ponto de vista orçamentário, seja da própria opção política de instituir determinada política pública. Ao fenômeno narrado, dá-se o nome de judicialização da saúde.

Nesse sentido, por judicialização da saúde, deve-se entender uma questão ampla e diversa de reclame de bens e direitos nas cortes: são medicamentos, insumos, materiais de higiene íntima, instalações, entre outras demandas. Em consequência, existem argumentos distintos para analisar as implicações deste fenômeno: de um lado, se anuncia a possibilidade de efetivação do direito à saúde, mas, por outro, há o risco de a judicialização ser uma interferência indevida do Poder Judiciário nas políticas públicas, caso a decisão judicial não adote critérios objetivos e uniformes ou não seja munida de informações suficientes para uma correta avaliação quanto à viabilidade e adequação técnica e orçamentária do bem demandado.

Nesse contexto, o estudo que se segue procura desenvolver uma análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 818 que determinou que o Poder Executivo ampliasse a distribuição de fraldas descartáveis pelo Programa Farmácia Popular do Brasil a pessoas com deficiência, benefício garantido aos idosos.

A questão que se coloca no presente trabalho é se a Suprema Corte, na decisão analisada, ao redefinir o orçamento de uma política pública de saúde, interferiu de forma abusiva em assunto de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, adotando postura ativista e conseqüentemente incorrendo em supremacia judicial à luz da teoria de Jeremy Waldron.

O marco teórico adotado é a definição de Waldron de supremacia judicial desenvolvida a partir do sistema de *judicial review* forte. Nesse sentido, ressalta-se que embora a decisão analisada não seja uma decisão em sede de controle de constitucionalidade,

acredita-se que ela apresenta características passíveis de se enquadrar dentre as situações de supremacia vislumbradas pelo autor.

A metodologia empregada é a pesquisa empírica, conforme conceituam Lee Epstein e Gary King, uma vez que se partiu da análise de uma decisão, utilizando o referencial teórico como medida para realização das inferências.

A execução da proposta de trabalho compreende o desenvolvimento de três seções. A primeira será dedicada à apresentação do marco teórico, numa perspectiva de vinculação entre a noção de supremacia judicial aqui contemplada e a noção de controle de constitucionalidade.

A segunda cuidará de apresentar a metodologia adotada, justificando a escolha do método, bem como de descrever, detalhadamente, a decisão proferida pelo STF no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 818.

A seção derradeira do trabalho, por sua vez, se destinará a analisar como a decisão em comento dialoga com a teoria de Jeremy Waldron, tecendo breves considerações sobre o direito à saúde e apresentando as inferências alcançadas a partir da análise realizada.

2 A SUPREMACIA JUDICIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Apesar de o controle de constitucionalidade não ser a preocupação central deste artigo, verifica-se a relevância de sua abordagem, uma vez que o marco teórico escolhido desenvolve a noção de supremacia judicial, a qual se dará destaque, à luz do controle de constitucionalidade.

Ademais, ressalta-se que embora a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) número 818 não seja um questionamento de constitucionalidade propriamente dito, acredita-se que ela possua características passíveis de se enquadrar às situações de supremacia judicial contempladas por Jeremy Waldron (2014).

2.1 Noção de controle de constitucionalidade

A ideia de controle de constitucionalidade emana de rigidez constitucional. Logo, uma constituição é considerada rígida quando o seu processo de alteração é mais solene do que o processo legislativo de alteração das normas infraconstitucionais. Assim, tendo em vista o disposto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988, acerca das regras procedimentais de sua alteração, verifica-se que a característica de flexibilidade não lhe é inerente.

Nesse sentido, Antônio de Sampaio Dória (1947, p.25) destaca:

Flexível é a constituição, cujos artigos podem ser alterados ou revogados, pelo mesmo processo com que se revogam ou alteram as leis ordinárias. A caracterização constitucional se determina pelo conteúdo dos preceitos: organização dos poderes, suas atribuições, e garantias dos direitos fundamentais do homem. Rígida ao contrário, é a constituição condificada quando o processo de suas emendas ou reformas é mais complicado que o da elaboração das leis ordinárias.

A existência do controle de constitucionalidade pressupõe a noção de uma relação hierárquica entre as normas, na qual a Constituição ocupa o ápice dessa relação, sendo considerada, então, o fundamento de validade para as demais leis. Nesse sentido, a posição mais elevada da Lei Fundamental dentro do sistema, que se estrutura em diversos níveis, constitui o que se denomina princípio da supremacia da constituição.

Segundo Pinto Ferreira (1971, p. 467- 468):

O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político. De feito, as regras constitucionais são dotadas de uma supremacia profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do

grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva.

Dessa forma, são requisitos essenciais do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. Como fora salientado, a rigidez é vista na medida em que a Constituição tem maiores proteções, quando de sua alteração, do que as demais espécies normativas. Já a supremacia constitucional se dá na medida em que a Constituição se encontra no ápice da pirâmide normativa, servindo de fundamento jurídico-positivo para todas as normas.

No que diz respeito à definição de controle de constitucionalidade, Marcelo Neves ensina (1988, p.74):

O controle de constitucionalidade é conceituado como juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição.

A função precípua do controle de constitucionalidade é garantir a ordem e a coerência do sistema normativo, de modo que, partindo da supremacia e rigidez constitucional, haja conformidade entre as leis e seu fundamento de validade, que é a Constituição. Trata-se, assim, de uma garantia de existência da própria Constituição, de modo que se possa assegurar a observância, aplicação e conservação da lei fundamental.

Importante esclarecer que a ordem constitucional disponibiliza o controle preventivo-político, assim como o controle repressivo-judicial. O controle preventivo, implementado por órgãos de natureza política, permite a apreciação da constitucionalidade de proposta de emenda à Constituição e projeto de lei pelo Poder Executivo e Poder Legislativo, tal como o veto por inconstitucionalidade (art. 66, §1º, *initio*) e o parecer terminativo da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação (art. 58, §2, inc. D). Já o controle repressivo, implementado por órgão de natureza judicial, propicia a declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição ou lei pelo Poder Judiciário (MORAES, 1998, p.78).

Ressalta-se que este artigo se volta tão somente à noção do controle repressivo-judicial, uma vez que este é o abordado pelo marco teórico. Nesse sentido, desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Concepções aparentemente excludentes que, no entanto, acabaram por ensinar o

surgimento dos modelos mistos, que congregam os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado (MENDES, 2014, p. 1-2).

A esse respeito Gilmar Mendes (2014, p.2) pontua:

O modelo brasileiro é um dos exemplos mais eminentes desse modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, o controle incidental ou difuso de constitucionalidade é o mais amplo mecanismo previsto na Constituição Federal. “O controle difuso ocorre quando qualquer juiz ou tribunal tem o poder-dever de, diante do conflito entre o ato normativo e a Constituição, deixar de aplicar aquele em benefício desta” (VELLOSO, 1989, p.76-77).

O controle concentrado ou abstrato, por seu turno, conforme o próprio nome explicita é o tipo de controle feito apenas por um órgão, cuja função é unicamente a de versar sobre a constitucionalidade das leis. O referido controle “concentra no Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar as ações autônomas nas quais se apresenta a controvérsia constitucional” (MENDES, 2014, p.5).

A Constituição Federal de 1988 prevê (art. 103), como ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Importante destacar que a Constituição de 1988 reduziu em parte o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo, que, quase todas as controvérsias constitucionais marcantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato das normas (MARTINS; MENDES, 2001, p. 63).

Gilmar Mendes (2014, p.6) salienta que o elemento explicativo para tal tendência é além da ampla legitimação, a presteza e a celeridade do sistema de controle abstrato de constitucionalidade, dotado, inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar.

Portanto, parece quase intuitivo que ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle

abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, em certa maneira, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade (MARTINS; MENDES, 2001, p. 63).

2.2 Noção de supremacia judicial segundo Jeremy Waldron

Jeremy Waldron, professor de Direito e Filosofia nos Estados Unidos da América, de origem neozelandesa, desenvolve a noção de supremacia judicial à luz do sistema de *judicial review* (revisão judicial da legislação), uma vez que sua produção acadêmica é conhecida, especialmente, por tecer críticas a este sistema. Nesse sentido, o principal argumento de Waldron (2006) contra a revisão judicial da legislação está no caráter antidemocrático da jurisdição constitucional, à medida que as decisões são tomadas por juízes que não se submetem ao voto popular. De acordo com Waldron (2006, p.1363):

I assume that, unlike the institutions referred to in the previous Section, the courts are mostly not elective or representative institutions. By this I mean not only that judicial office is not (for the most part) an elective office, but also that the judiciary is not permeated with an ethos of elections, representation, and electoral accountability in the way that legislature is.¹

Em *Law and Disagreement*, Waldron (1999) já tecia críticas ao *judicial review*, argumentando que as discordâncias sobre questões morais deveriam ser resolvidas através de decisão majoritária e não por intermédio do Poder Judiciário (FERREIRA, 2018, p.19).

Nesse sentido, toda a obra do autor se dá em torno de argumentos que sustentam que para um bom funcionamento do sistema democrático de governo deve preponderar a soberania popular e a supremacia do Poder Legislativo.

Refinando sua crítica ao *judicial review*, Waldron publica, no ano de 2006, o artigo *The core of the case against judicial review*, traduzido para o português como A essência da oposição ao *judicial review* (2010). Nele, o autor pretende apresentar novos argumentos contra o controle de constitucionalidade, entendendo que a objeção básica ao *judicial review* não foi exposta de forma clara o suficiente nas obras anteriores, pretendendo, ainda, responder às críticas recebidas (FERREIRA, 2018, p.18).

Nesse viés, o autor (WALDRON, 2006, p.1353) afirma que o controle de constitucionalidade é vulnerável em dois pontos:

¹ “Em tradução de Adauto Villela (2010, p.109), publicada pela Lumen Juris: “Tomo como pressuposto que, diferentemente das instituições mencionadas na seção anterior, os tribunais são, em sua grande maioria, instituições não eleitorais ou representativas. Quero dizer com isso não apenas que a função judicial não é (na maioria das vezes) uma função eletiva, mas também que o judiciário não é permeado por um ethos de eleições, representação e responsabilidade eleitoral da maneira que o legislativo o é”.

In this Essay, I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights.²

Ressalta-se que, de acordo com Waldron (2006, p.1354), sua crítica se perfaz tão somente ao controle de constitucionalidade forte que em suas palavras:

In a system of strong judicial review, courts have the authority to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) or to modify the effect of the statute to make its application conform with individual rights (in ways that the statute itself does not envisage). Moreover, courts in this system have the authority to establish as a matter of law that a given statute or legislative provision will not be applied, so that as a result of stare decisis and issue preclusion a law that they have refused to apply becomes in effect a dead letter³ (WALDRON, 2006, p. 1354).

Por outro lado, no que diz respeito controle de constitucionalidade fraco, Waldron (2006, p.1355) assevera:

In a system of weak judicial review, by contrast, courts may scrutinize legislation for its conformity to individual rights but they may not decline to apply it (or moderate its application) simply because rights would otherwise be violated. Nevertheless, the scrutiny may have some effect⁴.

² Em tradução de Adauto Villela (2010, p.98), publicada pela Lumen Juris: “Neste ensaio, argumentarei que o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos, pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos.

³ Em tradução de Adauto Villela (2010, p.100), publicada pela Lumen Juris: “Em um sistema de controle de constitucionalidade forte, os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo (mesmo que a lei em seus próprios termos se aplicasse claramente a tal processo) ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais (de modo que a lei por si não vislumbra). Além disso, os tribunais nesse sistema têm autoridade para instituir como matéria de direito que uma dada lei ou disposição legislativa não será aplicada, de modo que, em consequência da força vinculante dos precedentes e da preclusão da questão, uma lei cuja aplicação foi recusada pelos tribunais torna-se para todos os efeitos letra morta”.

⁴ Em tradução de Adauto Villela (2010, p.101), publicada pela Lumen Juris: “Em um sistema de controle de constitucionalidade fraco, por outro lado, os tribunais podem examinar minuciosamente a legislação quanto à sua conformidade com direitos individuais, mas não podem se recusar a aplicá-la (ou moderar sua aplicação), simplesmente porque os direitos seriam, em caso contrário, violados. Mesmo assim o exame minucioso pode gerar algum efeito.

Este último sistema é o adotado pelos tribunais do Reino Unido que se limitam a emitir declarações de incompatibilidade quando convencidos de que determinada disposição se opõe a um direito da Convenção Europeia de Direitos Humanos. No entanto, tal declaração não afeta a validade, a força ou a aplicação da disposição em questão. Mas, ainda assim, ela produz um efeito: um ministro do governo pode utilizar uma declaração dessas como autorização para iniciar um procedimento legislativo rápido e eficaz para remediar a incompatibilidade (WALDRON, 2006, p.1355).

Pode-se dizer, então, que o controle de constitucionalidade fraco sugere que o Poder Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, pois, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade (BERNAN, 2010, p.2).

Logo, diante do exposto, a distinção entre *judicial review* fraco e *judicial review* forte é que na primeira hipótese (revisão judicial em sentido fraco) o Poder Judiciário pode inspecionar a conformidade da legislação aprovada pelo Poder Legislativo com os preceitos constitucionais e declarar a incompatibilidade entre leis e constituição, devolvendo a matéria para a análise do Poder Legislativo, mas não pode declarar a invalidade de normas democraticamente aprovadas ou deixar de aplicá-las. Na segunda hipótese (revisão judicial em sentido forte), o Poder Judiciário possui autoridade para declarar a invalidade de normas e/o deixar de aplicá-las quando reconhecido o conflito ou violação de direitos fundamentais (CONSONI, 2014, p.25).

Em seu artigo escrito a partir de conferência proferida em Lisboa, em 2014, Waldron sustenta que o *judicial review* forte, criticado por ele de forma contundente, pode ser considerado instrumento relevante para o fenômeno da supremacia judicial, a qual, conforme o autor (WALDRON, 2014, p.5) implica que:

The judges should be supreme or even sovereign in the polity and that all other powers in the constitution should be subordinated to them. I believe that whatever we say for or against judicial review, it is not the same as judicial supremacy. And it is judicial supremacy that I want to consider today; I want to explore the ways in which judicial authority might rise to level of supremacy and ways in which that particular sort of judge-based rule may be prevented.⁵

⁵ Em tradução livre: “os juízes devem ser supremos ou mesmo soberanos na política e todos os outros poderes devem se subordinar a eles. Eu acredito que, o que quer que se diga a favor ou contra a revisão judicial, não significa a mesma coisa para a supremacia judicial. É exatamente sobre tal supremacia que eu quero refletir hoje; quero explorar as formas pelas quais a autoridade judicial pode alcançar a supremacia e as formas em que este tipo particular de regra baseada na autoridade judicial pode ser evitada.”

Nesse sentido, não basta existir um sistema de controle de constitucionalidade forte para que se considere existente a supremacia judicial, é necessário que tal sistema preencha determinados requisitos, é necessário que a autoridade judicial cresça e subjuguie os demais poderes à sua soberania (FERREIRA, 2018, p.20).

Assim, observa-se que a supremacia judicial não decorre apenas do fato de um ordenamento jurídico praticar o controle de constitucionalidade forte, mas, sobretudo, pela forma com que este controle de constitucionalidade forte é praticado (WALDRON, 2014, p.11).

Neste ponto, Waldron (2014, p.11) assevera:

It is tempting to say that the distinction between weak and strong judicial review corresponds to the distinction between mere judicial review of legislation and assertions of judicial supremacy. Maybe strong judicial review amounts to a muscular assertion of judicial supremacy. If someone said this, I guess we would know what they meant. The term judicial supremacy has no canonical definition, so people are bound to use it in different ways. But in the America debate, I don't this use of it has been found helpful. Instead it is assumed that even among practices of strong judicial review, or ways of practicing strong judicial review, we might want to identify a subset of them that amount to judicial supremacy. And then we might want to urge or counsel those entrusted with the power of judicial review to avoid any move in the direction of judicial supremacy. I am not saying that the American courts have never tilted towards judicial supremacy. Actually, I think in various ways they have. But it is not just because they have practiced strong judicial review. It is because of the way they have practiced strong judicial review¹¹ (grifo no original).⁶

A esse respeito, Kélvia Faria Ferreira (2018, p. 21) salienta:

Jeremy Waldron (2014) sugere três tipos de atuação dos tribunais que implicariam a ocorrência da supremacia judicial. Segundo ele, o judicial review se transformaria em supremacia judicial quando as cortes atuarem de forma a perseguir um programa social ou uma política específica, “rather than just responding to a particular abuses identified as such by a Bill of Rights as they crop up” (WALDRON, 2014, p. 27);

⁶ Em tradução livre: “É tentador dizer que a distinção entre revisão judicial fraca e forte corresponde à distinção entre mera revisão judicial da legislação e afirmações de supremacia judicial. Talvez a revisão judicial forte represente uma asserção muscular da supremacia judicial. Se alguém dissesse isso, acho que saberíamos o que eles queriam dizer. O termo supremacia judicial não tem uma definição canônica, então, as pessoas o usam de maneiras diferentes. Mas durante o debate na América, eu não o utilizei da melhor forma. Em vez disso, resume-se que, mesmo entre as práticas de revisão judicial forte, ou em suas práticas, podemos identificar um subconjunto que represente a supremacia judicial. E então, podemos instigar ou aconselhar os responsáveis pela revisão judicial para evitar qualquer mudança na direção da supremacia judicial. Não estou dizendo que os tribunais americanos nunca se inclinaram para a supremacia judicial. Na verdade, penso que em várias maneiras eles o fizeram. Mas não é apenas porque eles têm praticado revisão judicial forte, é devido ao modo como a praticam”.

quando os juízes considerarem, em suas decisões, apenas seus próprios entendimentos sobre determinado tema, agindo como se fossem donos da Constituição “and the other branches of government and the people in general were not entitled to a view” (WALDRON, 2014, p. 32); e quando os tribunais acreditarem ser a voz da Constituição ou do povo que a fez (WALDRON, 2014, p. 37).

É justamente no tocante à postura de perseguição a programas sociais, mais notadamente, aos da saúde pública, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que a teoria de Jeremy Waldron será adotada como marco teórico neste artigo. O objetivo é verificar se dentro do controle de constitucionalidade forte exercido pelo STF e, mais especificamente, se na decisão proferida por este órgão no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) número 818 há atuação que incorra em supremacia judicial à luz da teoria de Waldron (2014).

3 METODOLOGIA DE PESQUISA E DESCRIÇÃO DA DECISÃO ANALISADA

Destina-se a presente seção a expor a escolha metodológica tomada para o desenvolvimento da pesquisa, bem como descrever, detalhadamente, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) número 818, objeto de estudo deste artigo.

A primeira subseção irá tratar, em linhas gerais, do método de pesquisa empírica adotado, à luz da definição de Lee Epstein e Gary King (2002), uma vez que, neste trabalho, é analisada decisão proferida pelo STF. A segunda subseção, por sua vez, se preocupará, precipuamente, em descrever a decisão, tratando também, em breves considerações, da política pública que dispõe sobre o programa Farmácia popular do Brasil.

3.1 Percurso metodológico

A execução da proposta de trabalho buscou a análise de decisão específica proferida pelo Supremo Tribunal Federal no tocante à extensão do benefício de concessão de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência. Ressalta-se que a escolha desta decisão foi resultado de investigação desenvolvida entre agosto de 2015 e julho de 2016, a partir de projeto de pesquisa na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Neste trabalho, foi adotada metodologia empírica de pesquisa, segundo definição de Lee Epstein e Gary King (2002, p.2-3) com uma análise quantitativa e qualitativa de dados. De acordo com os autores (2002, p.2-3):

After all, in this community the word “empirical” has come to take on a particularly narrow meaning – one associated purely with “statistical techniques and analyses,” or quantitative data. But empirical research, as natural and social scientists recognize, is far broader than these associations suggest. The word “empirical” denotes evidence about the world based on observation or experience. That evidence can be numerical (quantitative) or nonnumerical (qualitative); neither is any more “empirical” than the other. What makes research empirical is that it is based on observations of the world – in the other words, data, which is just a term for facts about the world. These facts may be historical or contemporary, or based on legislation or case law, the results of interviews or surveys or the outcomes of secondary archival research or primary data collection. Data can be precise or vague, relatively certain or very uncertain, directly observed or indirect proxies, and they can be anthropological, interpretative, sociological, economic, legal, political, biological, physical, or natural. As long as the facts have something to do with the world, they are data, and as long as research involves data that is observed or desired, it is empirical.⁷

⁷ Em tradução livre “Nessa comunidade, a palavra “empírico” passou a possuir um significado particularmente restrito – associado puramente com “técnicas e análises estatísticas” ou com dados quantitativos. Mas a pesquisa

Utilizando, em um primeiro momento, a metodologia quantitativa, pretendeu-se verificar quantas decisões acerca da concessão de fraldas descartáveis o STF prolatou no período de 2010 a 2016 e, principalmente, verificar se houve outras demandas relativas à concessão de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, antes e após a determinação da extensão do benefício, em sede de liminar, pelo STF. A utilização da metodologia quantitativa se presta, mais diretamente e de modo inicial, à identificação do grau de recorrência de decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito de idosos e, sobretudo, de deficientes, em receberem os respectivos materiais de higiene íntima, em evidência, na proposta de investigação.

Por sua vez, por meio da metodologia qualitativa de interpretação de dados e do referencial teórico, buscou-se identificar quais os argumentos utilizados pelo STF ao conceder gratuitamente fraldas descartáveis a pessoas com deficiência. Ademais, procurou-se verificar se, na decisão analisada, o Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito de possíveis impactos orçamentários na Saúde Pública ao conceder gratuitamente o benefício.

A escolha da decisão proferida pelo STF no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) número 818, dentre as inúmeras decisões analisadas no projeto de pesquisa, se deu pelo viés de judicialização excessiva nela observado. Questionou-se, assim, se o Poder Judiciário poderia obrigar o Poder Executivo, ainda que precariamente, a fornecer fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, ou mesmo disponibilizá-las com descontos, sem o devido planejamento administrativo e orçamentário para tanto. Tudo isso analisado à luz da teoria de Waldron (2014) a fim de verificar se o Supremo Tribunal Federal incorreu em supremacia judicial.

3.2 Descrição da decisão do Supremo Tribunal Federal

No dia 14 de julho de 2016, o STF prolatou decisão na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) número 818, denegando a suspensão da tutela antecipada, concedida pelo Tribunal Regional Federal – 1ª Região. O caso teve origem em ação civil pública ajuizada

empírica, como cientistas naturais e sociais reconhecem, é muito mais ampla do que essas associações sugerem. A palavra “empírico” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa); nenhuma é mais “empírica” que a outra. O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coletas de dados primários. Os dados podem ser precisos ou vagos, relativamente certos ou muito incertos, diretamente observados ou conseguidos indiretamente; podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 11-12).

pelo Ministério Público Federal contra a União, o Estado de Minas Gerais e o Município de Uberlândia (MG) a fim de incluir as pessoas com deficiência como beneficiárias do programa Farmácia Popular do Brasil e de garantir-lhes o fornecimento de fraldas em todos os tamanhos existentes no mercado. A primeira instância declarou extinto o processo sem julgamento de mérito. Interposta apelação pelo MPF, o desembargador relator no caso do TRF – 1 deferiu liminar para garantir o direito das pessoas com deficiência. Contra essa decisão fora manejado agravo regimental. Posteriormente, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região deu provimento à apelação para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para que proceda à regular instrução e ao julgamento do feito. Contra a manutenção da medida pelo TRF – 1, a União apresentou o pedido de suspensão da tutela antecipada no STF (BRASIL, 2016).

Ressalta-se que o juízo de primeiro grau declarou extinto o processo sem resolução de mérito por entender, ante a inexistência de lei formal, que o deferimento do pleito concernente à concessão de fraldas às pessoas com deficiência, sob o fundamento de isonomia com as pessoas idosas, violaria o princípio da separação de poderes, porquanto, em relação a essas, há lei formal disciplinando a matéria (BRASIL, 2016).

Em sua decisão, o ministro Ricardo Lewandowski menciona jurisprudência do STF que garante o controle judicial de atos e omissões do Estado. Entre os precedentes, Lewandowski citou o Recurso Extraordinário (RE) 592581, com repercussão geral reconhecida, no qual o Plenário entendeu que o Judiciário pode determinar a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos (BRASIL, 2016).

Para o presidente do STF à época, pode-se extrair da fundamentação daquele julgado orientação para situações semelhantes, como é o caso dos autos. Segundo ele:

A Suprema Corte tem entendido, de forma sistemática, que, excepcionalmente, é possível o controle jurisdicional de legitimidade da omissão do Poder Público, em observância de parâmetros constitucionais que garantem a proteção ao mínimo existencial do cidadão (BRASIL, 2016).

Lewandowski explicou que cabe ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, “determinar ao Poder Executivo agir, desde que sua atuação confira de forma geral ou específica o acesso a uma vida digna”. (BRASIL, 2016).

O ministro também entendeu estar ausente a demonstração clara e inequívoca do potencial dano da decisão para o orçamento público, e, portanto, grave lesão à ordem e à economia públicas. De acordo com ele:

Em relação à alegação de ocorrência do efeito multiplicador da medida, entendo que se trata de argumento genérico, deixando a União de especificar outras ações ou provimentos liminares ou definitivos no mesmo sentido, de modo a impactar sobremaneira a administração da União (BRASIL, 2016).

Ressalta-se que a decisão proferida pelo STF invalidou a política pública que dispõe sobre o Programa Farmácia Popular do Brasil em sua forma pensada inicialmente, uma vez que ordenou o governo federal a ampliar a distribuição de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, benefício este garantido apenas aos idosos.

O Programa Farmácia Popular do Brasil (PFPPB) é uma iniciativa do Governo Federal que cumpre uma das principais diretrizes da Política Nacional de Assistência Farmacêutica. Foi implantado por meio da Lei nº 10.858, de 13 de abril de 2004, que autoriza a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) a disponibilizar medicamentos mediante ressarcimento, e pelo Decreto nº 5.090, de 20 de maio de 2004, que regulamenta a Lei 10.858 e institui o Programa Farmácia Popular do Brasil (BRASIL, 2018).

Atualmente, o Programa Farmácia Popular do Brasil é regido pela Portaria 111/2016. Nos termos de seu artigo 2º, o PFPPB abrange: a “Rede Própria”, constituída por Farmácias Populares, em parceria com os Estados, Distrito Federal e Municípios e o “Aqui Tem Farmácia Popular”, constituído por meio de convênios com a rede privada de farmácias e drogarias. Ressalta-se que o “Aqui Tem Farmácia Popular” é responsável por disponibilizar medicamentos e fraldas geriátricas com até 90% de desconto ou mesmo de forma gratuita (BRASIL, 2018).

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DE JEREMY WALDRON NA ANÁLISE DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 818

A presente seção dedica-se a analisar como a teoria de Jeremy Waldron (2014) dialoga com a decisão analisada. Pretende-se, portanto, verificar se o Supremo Tribunal Federal incorreu em supremacia judicial ao estender o benefício da concessão de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência.

Como a decisão ora examinada consubstancia-se na dispensação de fraldas descartáveis, as quais estão incluídas no conceito de direito à saúde e assistência farmacêutica, a primeira subseção dedica-se a tecer breves considerações sobre o direito à saúde e a traçar um diagnóstico acerca dos possíveis impactos orçamentários resultantes da extensão do benefício mencionado. A segunda subseção, por seu turno, abordará as inferências obtidas a partir da análise da decisão proferida pelo STF no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 818 à luz da teoria de Waldron (2014).

4.1 O direito à saúde em foco

A Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância ao direito à saúde, tratando-o como direito social fundamental. Este está previsto em seu art. 196 como “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”.

Tendo em vista a imprescindibilidade do direito à saúde para a garantia da dignidade da pessoa humana, é notório o fortalecimento do Poder Judiciário no contexto das demandas por transformação social. O facilitado acesso aos tribunais tem promovido militância cada vez maior por parte dos cidadãos que querem ver efetivados seus direitos fundamentais.

Sabe-se que os pedidos em torno do direito à saúde vêm, há tempos, sendo desenvolvidos em diversos julgados do STF. É comum de se ter prestações no sentido de fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, realização de cirurgias e exames, criação de vagas de Unidades de Terapia Intensivas (UTIs) e de leitos hospitalares, custeio do tratamento fora do domicílio, entre outros. A jurisprudência até nas causas individuais vem aceitando o controle judicial de políticas públicas e isso nada mais é do que aplicar o sistema de freios e contrapesos para afastar o princípio da separação dos poderes e atuar no caso concreto.

Valendo-se de militâncias intensas nos tribunais, do acesso facilitado e da satisfação dos direitos de cidadania, os indivíduos passaram a pleitear também objetos, materiais e instrumentos, aparentemente, estranhos ao consenso jurídico daquilo que venha a representar o direito à saúde. Sob essa perspectiva, destacam-se as decisões referentes ao requerimento de fraldas descartáveis.

Ressalta-se que as fraldas descartáveis são insumos, de caráter preventivo, devendo, portanto, serem disponibilizadas pelo governo por meio de políticas econômicas e sociais. Nesse viés, destacam-se as fraldas descartáveis geriátricas, cujo uso representa ação protetiva e preventiva na qualidade de vida do idoso enfermo, além de ser imprescindível no que diz respeito à higiene.

Cabe ao Estado o fornecimento desses insumos, como as referidas fraldas geriátricas, ao tratamento médico necessário à manutenção da saúde do idoso. Tais fraldas estão inseridas no conceito de saúde e assistência farmacêutica, não podendo, portanto, ser ignorado pelo Estado.

No entanto, é importante analisar também a complexa situação a respeito de possíveis impactos orçamentários relativos à extensão do benefício da concessão de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, especialmente no que toca à retirada de verbas da Saúde Pública.

Tendo em vista as decisões relativas à concessão gratuita de fraldas geriátricas descartáveis e sua extensão às pessoas deficientes pelo STF, em sede de liminar, verifica-se que se está levando em consideração a proteção da pessoa com deficiência que necessita do auxílio do Estado para o exercício pleno de seu direito fundamental à saúde. No entanto, a questão que se coloca são os possíveis impactos financeiros que esta medida pode causar e a autonomia do STF em redefinir o orçamento da saúde pública.

Esta análise é fundamental, pois o programa do governo Farmácia Popular do Brasil, o qual visa a atingir aquela parcela da população que não busca assistência no SUS, mas tem dificuldade para manter tratamento medicamentoso devido ao alto preço dos medicamentos, incluindo também o fornecimento de fraldas descartáveis, teve orçamento previsto para 2016 de 2,6 bilhões, situação em que apenas a ampliação do fornecimento de fraldas teria custo de 2,1 bilhões ao ano (OLIVEIRA, 2016).

Importante destacar que o referido programa, além de conceder fraldas descartáveis geriátricas, também oferece medicamentos gratuitos para hipertensão, diabetes e asma, entre outros medicamentos com preços até 90% mais baratos utilizados no tratamento de

dislipidemia, rinite, mal de Parkinson, osteoporose e glaucoma, além de contraceptivos. (BRASIL, 2018).

Assim, torna-se imprescindível a análise da viabilidade do custo de fornecimento de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, verificando os possíveis prejuízos causados a outros serviços do programa Farmácia Popular do Brasil e ainda a viabilidade de se redefinir o orçamento deste programa.

Nesse viés, destacam-se trechos elucidativos trazidos no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada proposto pela União:

Em um rápido cálculo efetuado pela referida Nota 509/MS (Doe. 02), o custo anual do referido fornecimento de fraldas para o MS será de R\$ 2.1 bilhões/ano. Isto significaria um gasto 2.460% maior. Com isso, percebe-se que a decisão a ser suspensa determina um gasto a significar praticamente todo o orçamento anual do Programa. Sendo assim, o orçamento previsto para o próximo ano não possibilita, de imediato, a inclusão de novos produtos e nem de novos grupos de beneficiários, sem que haja um estudo de viabilidade de implementação, envolvendo estudos de dotação orçamentária, quantificação do público alvo e adequação do sistema de vendas do programa, o que não é possível de ser feito em poucos dias, demonstrando-se aqui claro aspecto da inexecuibilidade da decisão proferida nos autos Recurso de Apelação 0009520.02.2013.4.0 I.3803/MG (BRASIL, 2016).

4.2 Inferências

Dessa forma, à luz da teoria de Waldron (2014), percebe-se que o STF ao estender o benefício da concessão de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência e conseqüentemente redefinir o orçamento da saúde pública incorre em supremacia judicial. Isso porque, ao proferir a decisão, o tribunal composto por membros não eleitos imprime sua interpretação constitucional do que considera melhor para a população, perseguindo um programa social e interferindo de forma abusiva na competência do Poder Executivo em elaborar o orçamento público e do Poder Legislativo em aprová-lo e convertê-lo em lei.

Waldron (2006) salienta que dada a origem não democrática dos juízes, eles não possuiriam legitimidade para invalidar normas ou atos elaborados e aprovados pelos representantes do povo (parlamentos e administradores públicos), estes sim democraticamente eleitos.

Nesse sentido, de acordo com a perspectiva do autor, ainda que se afirme que está em jogo a proteção da pessoa com deficiência, a redefinição do orçamento por parte do STF é ilegítima, dada a origem não democrática dos ministros, diferentemente dos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo que são legítimos representantes do povo.

Segundo Wilson Medeiros Pereira (2013, p.18):

A legitimação do administrador público e do legislador flui de suas escolhas através do voto popular. A eles são conferidas a autonomia e prerrogativas de se fazer as escolhas públicas, principalmente no tocante à implementação dos direitos determinados pela Constituição.

Nesse contexto, verifica-se que tanto *no judicial review forte*, a depender da forma em que for realizado pelos tribunais, numa atuação tendente à supremacia judicial, conforme salienta Waldron (2014), quanto na decisão analisada, o Poder Judiciário imprime sua interpretação constitucional e visão de mundo, analisando o que considera melhor para a população, muito embora, conforme sustenta Waldron (2006), não tenha respaldo democrático para tanto. Ademais, ao adotar tal postura, o Poder Judiciário se sobrepõe aos Poderes Legislativo e Executivo, numa clara interferência na harmonização tripartite dos Poderes adotada pela Constituição Federal da República Brasileira.

Importante destacar que os argumentos suscitados pelo Ministro Ricardo Lewandowski ao indeferir o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 818, ajuizado pela União, foram no sentido de que a decisão questionada assegura a dignidade da pessoa humana, preserva a proteção das pessoas com deficiência e a efetividade do direito à saúde (BRASIL, 2016).

Em sua decisão, Lewandowski citou o inciso II do artigo 23 da Constituição Federal, que prevê a assistência e proteção das pessoas com deficiência pelo Poder Público, e o Decreto 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York em 2007. Para ele, no caso em exame, a proteção garantida em razão da omissão do Estado é ainda mais importante, uma vez que busca salvaguardar direitos de grupo vulnerável (BRASIL, 2016).

O ministro presidente do STF à época concluiu dizendo:

Penso que está em jogo a proteção das pessoas com deficiência que necessitam do auxílio do Estado para garantir o pleno exercício do seu direito à saúde. E entendo que a essas o Estado não deve faltar. Os entes federados, responsáveis solidários na assistência à saúde, deverão cumprir o seu múnus constitucional de garantir plenamente o direito à saúde mediante políticas efetivas, tomando por norte a Constituição Federal e as leis do País (BRASIL, 2016).

Observa-se, assim, que o ministro trouxe em sua decisão apenas os pontos favoráveis da judicialização, num viés de proteção à dignidade da pessoa humana. Segundo Wilson Medeiros Pereira (2013, p.12), “denomina-se judicialização a crescente provocação do Judiciário para decidir questões que, a priori, são afetas aos outros Poderes”.

A ideia de judicialização da política se traduz na possibilidade de se buscar a tutela judicial de direitos sociais, argumentando-se que as decisões dos tribunais decorreriam, em tese, da própria sistemática estabelecida pelo texto constitucional. Deste modo, quando a carta política do país estabelece direitos sociais como direitos fundamentais, não restaria alternativa às cortes, senão decidir em sentido a assegurá-los (REIS, 2012, p. 33).

Nesse viés, importante ressaltar que a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes (BARROSO, 2009, p.9).

Por outro lado, quanto aos aspectos desfavoráveis da judicialização e, em maior medida, do ativismo judicial, o que se busca ressaltar neste artigo, Luís Roberto Barroso (2009, p.10-11) sintetiza as críticas desferidas a este fenômeno:

a) A norma que dispõe sobre o direito à saúde traduz uma norma programática, que se concretizaria a partir da instituição de políticas sociais e econômicas, não sendo factível a atuação jurisdicional. Por muito tempo, o Judiciário brasileiro, inclusive o STF, seguiu este pensamento.

b) Complicação no arranjo institucional de competências na área da saúde. A Constituição de 1988 estabeleceu que o direito à saúde fosse promovido através de políticas sociais e econômicas, sendo tal tarefa do Poder Executivo, que tem a noção macro dos recursos disponíveis, e não do Judiciário, que, regra geral, decide com vista ao plano micro.

c) Necessidade de legitimação democrática. As políticas públicas são desdobramentos de escolhas públicas. O detentor do poder – o povo – elege seus representantes e estes decidem qual o campo de atuação governamental. Se o Poder Legislativo e o Poder Executivo estabelecem as políticas prioritárias a serem atingidas, não cabe ao Poder Judiciário redimensionar as escolhas políticas.

d) Implicações da reserva do possível. As demandas sociais são infinitas e os recursos públicos finitos. A elaboração de um orçamento público jamais será compatível com a efetivação de todos os direitos.

e) Desorganização da Administração Pública. A atuação governamental é baseada em políticas de grande escala, programas de atendimento integral. As decisões judiciais não consideram estes vetores ao serem prolatadas. Invariavelmente, um provimento jurisdicional provoca um transtorno administrativo, pois exigirá uma realocação de recursos.

Nesse viés, é de bom alvitre estabelecer, brevemente, as diferenças entre judicialização e ativismo judicial. “Não se tratam de sinônimos, mas de institutos próximos, nos quais o

Poder Judiciário assume papel de grande relevo na concretização dos direitos sociais.” (FERREIRA, 2018, p.78).

De acordo com Barroso (2012, p.3):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Logo, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes (BARROSO, 2012, p.3). Assim, restou claro que na decisão de Suspensão de Tutela Antecipada número 818, o STF adotou postura ativista ao redefinir o orçamento da saúde pública, solapando a harmonização entre os Poderes.

Conjugando-se tais conceitos com o entendimento de Jeremy Waldron (1999a, p. 4-5), segundo o qual as decisões mais importantes da sociedade devam ser tomadas pelos poderes eleitos, inclusive no que se refere a direitos e princípios, é possível concluir que a judicialização da política e, em maior medida, o ativismo judicial, se enquadram no que o autor entende por perseguição de um programa ou política social (FERREIRA, 2018, p.78).

A judicialização da política, especificamente dos direitos sociais, demonstra a persecução de um programa social, na medida em que os tribunais arrogam para si a competência de interferir na materialização de tais direitos. Esta interferência ocorre quando as cortes julgam inconstitucionais normas que modificam o grau de concretização de direitos sociais ou elas próprias modificam tal grau de concretização, sob o argumento de que assim define o texto constitucional. Ou seja, o tribunal assume a postura de poder definir o nível de prestação social devida pelo Estado (FERREIRA, 2018, p.78-79).

Por sua vez, quando a corte adota postura de ativismo judicial, como observado na decisão em análise, ela entende que possui competência e legitimidade para efetivar direitos sociais através de suas decisões. Assim, quando o tribunal é ativista, como o Supremo Tribunal Federal na decisão analisada, ele assume, inclusive, o papel de assegurar políticas

públicas. Neste tipo de atuação, observa-se claramente que a corte elege um programa social que pretende colocar em prática, que, no caso, foi a extensão do benefício das fraldas descartáveis, recaindo no que Waldron considera supremacia judicial (FERREIRA, 2018, p.79).

Nesse contexto, observa-se que em razão da complexidade e dos rigores na aplicação dos recursos públicos, sobretudo pelo viés de política macro, ao Judiciário cabe uma atuação exclusivamente residual no tocante à saúde pública. As escolhas públicas são afetas ao Legislativo e Executivo, que são representantes diretos do povo. Todavia, em situações de excepcionalidade, notadamente diante da omissão abusiva ou do desvio de perspectiva dos demais Poderes, é forçoso que este quadro seja sindicado pelo Judiciário (PEREIRA, 2013, p.19).

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu demonstrar que a atuação do Poder Judiciário no Brasil, em relação ao direito à saúde, especialmente, no tocante à extensão do benefício de fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, foi de supremacia judicial à luz da teoria de Jeremy Waldron.

Constatou-se, na pesquisa, que o Supremo Tribunal Federal adota, além dos sistemas de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, o sistema de *judicial review* forte, conforme definição de Waldron, através do qual ministros não eleitos e, portanto, sem respaldo democrático, são competentes para deixar de aplicar uma lei em um processo ou para modificar seus efeitos.

Verificou-se também que embora a decisão analisada não seja um questionamento de constitucionalidade propriamente dito, o STF imprimiu sua interpretação constitucional e visão de mundo do que avaliou melhor para a população, invalidando, na prática, uma política pública em sua forma pensada originalmente. Logo, ao redefinir o orçamento da saúde pública, a Suprema Corte interferiu excessivamente em assunto de competência dos Poderes Executivo e Legislativo, adotando postura de ativismo judicial e incorrendo, assim, em supremacia judicial.

Adotou-se como marco teórico a teoria de Jeremy Waldron que vislumbra as situações de supremacia judicial, com destaque para aquela em que há perseguição a programa social, mais notadamente, à saúde pública, solapando a harmonização tripartite entre os Poderes.

É nesse contexto que se enquadrou a decisão analisada, uma vez que nela foi observada interferência abusiva por parte do STF, à medida que obrigou o Poder Executivo a fornecer fraldas descartáveis a pessoas com deficiência, sem o devido planejamento administrativo e orçamentário para tanto, retirando verbas da saúde pública, o que certamente refletirá na diminuição de assistência às demais pessoas que também necessitam dos medicamentos fornecidos pelo Programa Farmácia Popular do Brasil.

Não se tratou, neste trabalho, de fazer juízo de valor em relação à judicialização de políticas públicas, em especial, as da saúde pública, mas apenas de constatar que quando realizada de forma excessiva, numa postura ativista, há incidência de supremacia judicial. Esta constatação aponta no sentido de se refletir quanto aos limites de atuação do Poder Judiciário e, em última instância, se este órgão está exercendo sua nobre tarefa com competência intelectual, respeito à repartição dos Poderes e, sobretudo, consciência ética.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial** – Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

BERNAN, José Guilherme. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade – **Revista Direito Público** – v. 7. n 32 (2010). Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1742/981>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão da Tutela Antecipada 818** – Minas Gerais. Entrega de fraldas descartáveis para pessoas com deficiência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4900174>>. Acesso em: 30 de julho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: Mantida decisão do TRF-1 que garante fornecimento de fraldas a pessoas com deficiência**. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320925>>. Acesso em: 03 mai. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Farmácia popular: sobre o programa**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular/sobre-o-programa>>. Acesso em 06 mai. 2018.

CONSONI, Cristina Foroni. A crítica de Jeremy Waldron ao Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito - UFRP**, Curitiba, vol.59, n.2, p.143-173, 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/35730/22971>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

DORIA, Antônio de Sampaio. Constitucionalidade das leis. In: CLEVES, C. M.; BARROSO, L. R. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Luiz Pinto. Princípio da supremacia da Constituição e controle de constitucionalidade das leis. In: CLEVES, C. M.; BARROSO, L. R. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Kélvia Faria. **A Atuação do Tribunal Constitucional Português no Contexto da Crise**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, 2018.

_____. Judicial Review and Judicial Supremacy. **New York University Public Law And Legal Theory Working Papers**, New York, n. 495, p.1-43, dez. 2014.

_____. **Law and Disagreement**. Oxford: Clarendon, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Germana Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo**. São Paulo: Dialética, 1998.

MENDES, Gilmar. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. – Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/controldeconstitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em 18, abr. 2018.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, Mariana. **STF amplia distribuição de fralda pelo governo a pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/07/stf-amplia-distribuicao-de-fralda-pelo-governo-pessoas-com-deficiencia.html>>. Acesso em 03 mai. 2018.

PEREIRA, Wilson Medeiros. **Atuação do Poder Judiciário no tocante às políticas públicas de saúde**. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/262/197>>. Acesso em: 04 mai. 2018.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, Yale, v. 115, n. 6, p.1346-1406, 2006.

REIS, Sérgio Cabral dos. Ativismo Judicial, Efetividade dos Direitos Sociais e Desenvolvimento da Democracia no Brasil. *Revista Jurídica Cognitio Juris*. João Pessoa, a. 2, n. 4, abr. 2012. p. 27-42.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. In: In: CLEVES, C. M.; BARROSO, L. R. (Org.). **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010. p. 93-157.