

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

GLENYO CRISTIANO ROCHA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA DA SAÚDE**

**CURITIBA
2017**

GLENYO CRISTIANO ROCHA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA DA SAÚDE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
– PUCPR como requisito parcial para a
obtenção do título de Mestre em Direito
Econômico e Socioambiental.

Orientadora: Profa. Dra. Katya Kozicki

Área de Concentração: Direito
Socioambiental e Sustentabilidade

Linha de Pesquisa: Justiça, Democracia e
Direitos Humanos

**CURITIBA
2017**

GLENYO CRISTIANO ROCHA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA DA SAÚDE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Dra. Katya Kozicki (Orientadora)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza
Centro Universitário Internacional - UNINTER

Curitiba, 21 de março de 2017.

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e elencou uma série de direitos e garantias fundamentais. A opção realizada pelos constituintes mostra-se complexa sob a perspectiva de que tais valores devem passar a permear todas as relações jurídicas e políticas, regidas dentro de um regime constitucional. O texto constitucional também define a divisão de competências entre os poderes, de forma que, entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, haja clareza de quais são as funções de cada um e como ocorrerão as interações entre eles. Conforme prescrito pelo artigo 196 da Constituição, tratando-se de acesso à saúde seria necessário que o Estado realizasse políticas sociais e econômicas que garantissem a promoção, proteção e recuperação da saúde. Ocorre que, por vezes, as prescrições constitucionais não são executadas de forma adequada ou integral, criando espaços lacunosos ou abrindo oportunidades para atuações diversas das inicialmente previstas. O cidadão, diante da ausência de uma política pública eficiente e da insuficiência orçamentária em relação ao atendimento completo dos tratamentos de saúde, não permanece inerte e busca a tutela jurisdicional. Nessas situações, o Poder Judiciário é provocado a atuar e, a partir dessa atuação, surgem questionamentos acerca da sua legitimidade e do seu escopo de alcance, em relação à separação dos poderes e às funções que os poderes deveriam assumir. Uma das formas que pode levar à atuação judiciária é o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos demais poderes, cabendo, em última instância, a realização de tal controle pelo Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira, que conta com uma série de peculiaridades acerca de sua composição e processo decisório. De maneira geral, a pesquisa objetivou alcançar a compreensão da judicialização da política e da dignidade da pessoa humana, utilizando como base o direito à saúde. Com isso, seria possível apontar soluções para garantir sua efetividade frente à inércia administrativa e aos alegados problemas orçamentários. De igual forma, objetivou-se analisar a discussão acerca do mínimo existencial e da reserva do possível, com a finalidade de verificar sua aplicabilidade prática, bem como a tripartição dos poderes, o fenômeno da judicialização da política e os efeitos e viabilidade sistemática das interações entre os poderes. Também buscou-se realizar um estudo das decisões proferidas em matéria de direito à saúde por tribunais estaduais em segunda instância e do Supremo Tribunal Federal, examinando fundamentos e parâmetros estabelecidos nas fundamentações dos julgados. Ainda, são realizadas análises orçamentárias, com a finalidade de compreender os impactos das políticas e das condenações judiciais na matéria. Por fim, são examinados o “relatório sistêmico de fiscalização da saúde”, do Tribunal de Contas da União, e o estudo da Advocacia-Geral da União acerca da intervenção judicial na saúde pública, com uma visão sob o prisma estatal.

Palavras-chave: Democracia; Constitucionalismo; Políticas Públicas; Estado; Judicialização da Política.

ABSTRACT

The Brazilian Constitution defined the dignity of the human person as one of the foundations of the Republic and listed many fundamental rights and guarantees. The choice of the legislators is complex by the perspective that those values must permeate all the legal and political relations that happens within the constitutional regime. The constitutional text also defines the division of competences between the powers, in a way that, between the Legislative, Executive and Judiciary branches, there is clarity of which the functions of each one are and how they will interact. As provided by the article 196 of the Brazilian Constitution, in cases related to health, the State must create social and economic policies that guarantee the promotion, protection and recovery of health. Sometimes the constitutional sections are not enforced in an adequate or integral way, creating empty spaces or creating opportunities of intervention that are not the ones initially planned. The citizen, facing the absence of efficient public policies and the budget insufficiency related to the complete health care, does not remain inert and seeks the judicial protection. In those situations, the Judiciary is called to act and, from that action, some questions arise about its legitimacy and the range of its actions, regarding the separation of the powers and the functions that the branches should have. One of the ways that can lead to the judicial action is the judicial review of the acts of the other powers, that would be performed, ultimately, by the Supremo Tribunal Federal, the Brazilian constitutional court, which has many peculiarities regarding its composition and decision making process. In general, the research aims to comprehend the judicialization of the politics and the dignity of the human person, under the perspective of the right to health. Thus, it would be possible to point solutions to enforce its effectiveness even after facing the administrative absence and the alleged budget problems. Likewise, one of the goals was to analyze the discussion about the existential minimum and the reserve of the possible, as a way to verify its practical application, as well the separation of powers, the phenomenon of the judicialization of politics and the effects and systematical feasibility of the interactions between the branches. Also, the research aimed to perform a study about the decisions made regarding the right to health by the state courts and by the Supremo Tribunal Federal, examining the grounds and parameters established in the decisions. Budget analyses were also performed, to understand the impacts of the policies and judicial decisions on the theme. Finally, there is an examination of a report issued by the Tribunal de Contas da União, and of the study carried by the Advocacia-Geral da União regarding the judicial intervention on public health, with a State oriented view.

Keywords: Democracy; Constitutionalism; Public Policies; State; Judicialization of Politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL	14
1.1 ATIVISMO JUDICIAL	16
1.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	26
1.2.1 CATEGORIAS DE JUDICIALIZAÇÃO	32
1.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JUDICIAL REVIEW	34
2 EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	37
2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	40
2.1.1 DIREITO À SAÚDE	42
2.1.2 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL	48
2.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO CUSTEIO DA SAÚDE	50
2.3 EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016	53
2.4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE	56
2.5 FONTES ALTERNATIVAS DE CUSTEIO	61
3 TRIBUNAIS E ORÇAMENTO	67
3.1 FUNDAMENTOS DECISÓRIOS	67
3.2 ANÁLISES DE CASO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS	72
3.3 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	79
3.4 ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA	89
3.5 CONSTATAÇÕES DO RELATÓRIO SISTÊMICO DE FISCALIZAÇÃO DA SAÚDE – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	94
3.6 INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO	97
4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS	102
4.1 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E O DIREITO À SAÚDE	103
4.2 EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais ao longo do seu texto, tornando a sua observância relevante em todos os aspectos concernentes às atividades dos operadores do Direito.

Mais do que isso, a Constituição também estabeleceu seus fundamentos, dentre os quais, no artigo 1º, está a Dignidade da Pessoa Humana. Tal princípio não encontra uma definição exata, mas a sua aplicação é pautada por uma amplitude extensa, devido à sua alta carga axiológica.

Por vezes, princípios e direitos fundamentais são utilizados para embasar argumentações jurídicas em processos judiciais, por exemplo, mas é difícil encontrar quais seriam os parâmetros da sua efetivação.

Não se esclarece o que é levar uma vida digna. Não se esclarece como as determinações constitucionais devem ser cumpridas em concreto. O que é certo é que a Constituição estabelece diretrizes e cria deveres ao Estado.

A Constituição também preconiza, em seu artigo 1º, parágrafo único, que “Todo o poder emana do povo”, e complementa no parágrafo segundo que há uma divisão entre Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com independência e harmonia entre si.

As interações entre os poderes podem ser complicadas. É difícil precisar quais seriam os limites da atuação de cada um dos poderes e onde iniciaria uma ingerência indevida na esfera de competência de outrem.

Com essas relações dúbias, surgem problemas. Um fenômeno que vem tomando relevo é a judicialização da política, que pode se apresentar em diversas formas, mas que comumente é vista como uma ampliação da atividade do Poder Judiciário, intervindo em campos distintos de sua atuação originária, como no caso de suprir a omissão da Administração Pública em questões de políticas públicas.

Há quem alegue que isso configura uma interferência indevida do Judiciário, que estaria extrapolando sua competência e desrespeitando a tripartição dos poderes. Há também defensores da prática, que afirmam ser possível a intervenção do Judiciário sem que haja qualquer ofensa formal ou material.

Uma das formas possíveis de judicialização, conforme se verá adiante, é a realização do controle de constitucionalidade, que é realizado, em última instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

Existe, na teoria e na filosofia constitucional contemporâneas, uma discussão profunda acerca das características referentes ao Poder Judiciário e às cortes constitucionais.

Primeiramente, tem-se que a jurisdição constitucional tutela direitos de natureza procedimental e substantiva, que colaboram para a vigência da democracia, assegura os direitos das minorias e garante a força normativa da Constituição¹

Os poderes Executivo e Legislativo são exercidos por representantes do povo, eleitos e devem cumprir com os seus mandatos de acordo com a vontade dos seus representados.

Tais representantes tem o poder de editar as leis e executar políticas que, frequentemente, abordarão temas de interesse de toda a sociedade, e não apenas daqueles que os elegeram.

As minorias podem ficar ameaçadas e abandonadas nesse panorama, ainda que tenham o reconhecimento de seus direitos na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo.

Esse cenário favoreceria o fenômeno chamado de “tirania da maioria”, com uma injustiça decorrente da subordinação indevida dos direitos e interesses da minoria aos da maioria².

O Poder Judiciário poderia ser, dentro de uma democracia pautada pela maioria, o espaço em que seriam protegidos os direitos das minorias. Roberto Gargarella se manifestou acerca do tema:

democracia se orienta, naturalmente, a satisfacer las pretensiones de la mayoría, necesitamos de procedimientos que nos ayuden a salvaguardar los derechos de las minorías. De lo contrario, las mayorías podrían, directamente, pasar por encima de aquellas, conforme a los meros impulsos que coyunturalmente las motiven.

1 LEÓN, Mauro Arturo Rivera. **Jurisdicción constitucional:** ecos del argumento contramayoritario. p. 247.

2 WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: **The Yale Law Journal**. 2006. p. 1397.

[...] En este sentido, el carácter contramayoritario del poder judicial (o sea, el hecho de que sus miembros no resulten electos directamente por la ciudadanía en la mayoría de los casos ni tengan que revalidar periódicamente sus cartas credenciales frente al pueblo) aparece como un objetivo buscado³.

Quanto a esse ponto aparentemente positivo, também se apresentam críticas, na medida em que tais decisões podem ser impopulares e ir contra uma concepção democrática⁴, por exemplo.

O modo pelos quais os magistrados são empossados em seus cargos e as garantias inerentes ao exercício de suas funções asseguram uma independência e autonomia que possibilita uma atuação livre de qualquer tipo de pressão popular externa, que poderia dar vazão a decisões favorecendo as maiorias.

Ainda, importante ressaltar que um empoderamento efetivo do Judiciário deve estar acompanhado da devida independência de seus órgãos, sendo que “supone una inmunidad en la actuación que atañe a los cometidos sustanciales de la magistratura sobre la que debe proyectarse la ausencia de injerencias de los otros poderes”⁵.

Porém, nesse cenário de possível proferimento de decisões contrárias à maioria, o Judiciário precisa que a população veja a sua atuação como legítima, aceitando as decisões mesmo quando discordem ou não sejam diretamente beneficiadas pelo seu conteúdo. Sobre esse tema, Claudia Barbosa afirma:

a aferição sobre a legitimidade do Judiciário oscila em alguma medida entre: proteger a sociedade diminuindo a impunidade e garantindo-lhe mais segurança; atender à expectativa de um maior número de cidadãos em termos de lhes conceder mais e melhores direitos (liberdades individuais e direito sociais); proteger grupos e interesses minoritários em suas demandas por direito “especiais” (políticas de ação afirmativa tais como quotas para ingresso

3 GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: **Isonomia**, vol. 6. Abr. 1997. p. 64. Tradução livre: “[...] democracia se orienta, naturalmente, a satisfazer as pretensões da maioria, necessitamos de procedimentos que nos ajudem a assegurar os direitos das minorias. Do contrário, as maiorias poderiam, diretamente, passar por cima daquelas, conforme os meros impulsos que conjunturalmente as motivem. [...] Neste sentido, o caráter contramayoritario do Poder Judiciário (ou seja, o fato de que seus membros não sejam eleitos diretamente pela ciudadanía na maioria dos casos, nem tenham que revalidar periodicamente suas credenciales perante o povo) aparece como um objetivo buscado”.

4 LEÓN, Mauro Arturo Rivera. Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario. In: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 22, enero-junio 2010. p. 234.

5 ZARAGOZA, Jorge Chaires. La independencia del Poder Judicial. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. XXXVII, n. 110, maio/ago, 2004. p. 542. Tradução livre: “[...] supone una inmunidad en la actuación que diz respeito aos comprometidos substanciais da magistratura sobre a que deve projetar-se a ausência de ingerências dos outros poderes”.

nas universidades públicas e vagas especiais para portadores de necessidades especiais em concursos públicos, tratamentos médicos especializados, proteção especial ao idoso); assegurar ao indivíduo direitos constitucionalmente previstos, a despeito da vontade da maioria ou do clamor social⁶.

A legitimidade percebida poderia ser acumulada ao longo do tempo, decorrente da atuação da corte e de como ela é vista pela sociedade. Isso geraria uma espécie de “reservatório de boa vontade” ou “reservatório de apoio” para a atuação do Poder Judiciário, sem o qual os tribunais teriam uma limitação na sua habilidade de atuar de maneira contramajoritária⁷.

Outra consequência seria o fenômeno do “backlash” que tem relações com “mudanças bruscas num padrão de comportamento têm a aptidão de determinar reação de mesma intensidade, no mais das vezes em sentido contrário”⁸. Associa-se a efeitos indesejáveis e contraprodutivos que, na seara judicial e constitucional, teria também relação com os representantes de diferentes pontos de vista afetados por uma decisão reagindo e pressionando para fazer valer a sua interpretação do que seria o entendimento correto da Constituição⁹.

Haveria também insegurança jurídica e incoerência nas decisões judiciais. Como exposto por Estefânia Barboza:

quando se fala em insegurança não se está apenas a apontar as diferentes decisões emanadas dos Tribunais brasileiros, sem qualquer preocupação com as decisões já tomadas anteriormente pelos Tribunais superiores, em afronta ao princípio da segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e igualdade. Ao lado dessa preocupação, há outra em relação à coerência entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que modo o Tribunal, no exercício da Jurisdição Constitucional, deve respeitar e se vincular a seus próprios precedentes¹⁰.

6 BARBOSA, Claudia. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F. E SCHWARTZ, G. **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba, Appris, 2013.

7 GIBSON, James L. Measuring Attitudes Toward the United States Supreme Court. In: **American Journal of Political Science**. 2003. p. 356.

8 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal**: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática.

9 POST, Robert. SIEGEL, Reva. **Roe Rage**: Democratic Constitutionalism and Backlash. 2007.

10 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 186.

Um outro grande problema existente em relação ao Supremo Tribunal Federal (e à maioria dos órgãos colegiados existentes no Judiciário) é a existência de um modelo de deliberação que não resulta em uma decisão que representa claramente o posicionamento do tribunal, a ponto de nem mesmo se saber qual é o fundamento dominante de uma decisão, que pode ter um resultado por 11 fundamentos distintos.

Isso se deve ao fato de que não há interação entre os ministros do Supremo, sendo que, “Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros”¹¹.

Mesmo com todos os problemas e características elencadas, o Poder Judiciário ainda se mostra como um espaço viável para discussão. A análise mais detida das características da judicialização das políticas permite aprofundar o tema e compreender a atuação do Judiciário frente às políticas insuficientes ou às atuações contramajoritárias.

Nesse sentido, uma matéria que merece especial atenção é o direito à saúde. A Constituição afirma, no seu artigo 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”, cabendo então a sua efetivação ao Poder Executivo.

Diante da inércia da Administração Pública, muitas pessoas acionam o Poder Judiciário buscando a efetivação dos seus direitos. Essa questão também é tratada como “boom da litigação” por Luiz Werneck Vianna¹², que também afirma que a motivação desse fenômeno é a distância entre representantes políticos e representados. Assim, o magistrado acaba sendo a figura central da proteção e conquista de direitos, pois a legislação permitiria (e incentivaria) esse protagonismo.

Face à estruturação da Constituição e à consagração dos direitos fundamentais, com a necessidade de sua efetivação em casos concretos, faz-se imprescindível buscar soluções que evitem a violação ao texto constitucional, evitando também abusos ou violações por motivos formais.

11 SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: **Revista de direito administrativo**. v. 250, 2009. p. 219.

12 WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

O problema que esta pesquisa busca responder é particularmente relevante à realidade cotidiana e à sociedade de forma geral: a judicialização da política é necessária para a efetivação de direitos fundamentais (como o direito à saúde) no Brasil?

A hipótese é de que os entes responsáveis pela efetivação do direito à saúde não estariam cumprindo com as suas tarefas de forma plena, possibilitando a intervenção do Poder Judiciário em casos específicos.

O objetivo geral da presente pesquisa é compreender a judicialização e as suas relações com a dignidade da pessoa humana, utilizando como base o direito à saúde.

Especificamente, objetiva-se analisar a discussão acerca do mínimo existencial e da reserva do possível, com a finalidade de verificar sua aplicabilidade prática, estudar o fenômeno da judicialização da política e a relação entre os poderes, verificando a viabilidade sistêmica de suas interações, e realizar uma pesquisa acerca dos entendimentos dos tribunais sobre o direito à saúde.

Espera-se que as conclusões obtidas possam ter aplicação prática, ainda que a pesquisa seja majoritariamente conceitual. Portanto, visando a conformidade com a legislação pátria e com a teoria constitucional, será utilizada como objeto primário de pesquisa documental a bibliografia sobre o assunto, abordando os temas de forma específica. Também recorrer-se-á à pesquisa em âmbito jurisprudencial, com a finalidade de compreender a percepção judicial em relação ao acesso à saúde e à dignidade da pessoa humana, de forma analítica.

Assim, recorrendo aos estudos acadêmicos já traçados sobre áreas correlatas ao tema da judicialização da política e sobre o direito à saúde, busca-se examinar o problema de forma teórica.

Isso leva também ao embate argumentativo entre a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”, constantemente realizado nas discussões acerca da efetivação do direito à saúde.

Faz-se relevante verificar o que tais termos significam e como os tribunais têm aplicado cada um deles em situações concretas que envolvem a concretização de direitos fundamentais.

Considerando o estado da discussão, é pertinente analisar as normas que estabelecem a forma de custeio da saúde no ordenamento jurídico brasileiro, ter conhecimento acerca dos valores disponibilizados no orçamento e efetivamente utilizados

para tal fim, bem como vislumbrar possíveis fontes alternativas de financiamento, caso necessário.

Ainda em âmbito prático, faz-se relevante realizar a análise da corte constitucional, enquanto órgão responsável pela aplicação e interpretação da Constituição, e examinar os julgados que vêm sendo proferidos na matéria.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se mostra particularmente relevante, uma vez que os julgados frequentemente trazem parâmetros da aplicação e da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, além de representarem a interpretação da corte constitucional, que deveria ao menos ser observada pelos demais julgadores em outros órgãos jurisdicionais.

Por outro prisma, o Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde, de autoria do Tribunal de Contas da União, e o relatório de Intervenção judicial na Saúde Pública, da Advocacia-Geral da União, auxiliam na compreensão de uma perspectiva diferente acerca do problema.

Para a análise do problema levantando, será realizada também a análise dos reflexos do ativismo judicial e da judicialização da política na questão da efetivação do direito à saúde.

Há, de maneira geral, um grande desrespeito com a efetivação de direitos, de maneira ampla.

Os direitos fundamentais, dado o relevo que possuem no ordenamento jurídico e, mais do que isso, a todos os valores que representam dentro de uma sociedade, não deveriam encontrar qualquer tipo de obstáculos ou de dificuldades em sua efetivação, jamais.

Ocorre que, na realidade, o que se verifica diuturnamente é uma situação bastante distinta.

Desrespeitar direitos e desrespeitar a Constituição parece ser a regra em uma sociedade que não parece se importar mais com a figura do outro. A alteridade parece ser um conceito que não encontra qualquer correlação prática.

A análise da Constituição leva ao respeito da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e do direito à saúde. Ao menos em uma primeira leitura teórica, todos devem ser efetivados, da forma mais plena possível.

Essa gama de direitos poderia ser vista como um núcleo, sem a qual a própria vida em sociedade é ameaçada. Não havendo uma proteção efetiva do direito à vida, desentendimentos seriam resolvidos com a morte. Não havendo o direito à saúde, ninguém poderia se desenvolver de maneira completa.

Assim, é bastante pertinente averiguar como a efetivação tem ocorrido, conforme se fará nos capítulos adiante.

1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização da política é um fenômeno relativamente antigo, mas mantém-se relevante nos dias atuais. Isso se dá ao fato de que, diuturnamente, tem-se notícia de novos casos relacionados à judicialização.

Independentemente de quais sejam os causadores dessa maior notoriedade, é certo que o relevo adquirido pelo Poder Judiciário tem aumentado, não apenas a nível local. Para não expandir o escopo de análise para outros países neste momento, é possível lembrar que o Brasil tem vivenciado um momento de protagonismo judicial que pode se afirmar ser inédito na história nacional.

Isso ocorre em todos os níveis e em todos os graus de jurisdição. A maior exposição pode se dar pela facilidade de reprodução de informações, em uma época em que as redes sociais tornam qualquer opinião, seja ela fundamentada ou não, “compartilhável” com um número incontável de pessoas.

Da mesma forma, o acesso aos veículos de comunicação se tornou muito mais fácil com o avanço da internet e a popularização das tecnologias. Se em momentos anteriores era necessário buscar ativamente pelas notícias, indo atrás de jornais impressos, ouvindo programas de rádio ou assistindo a telejornais em horários específicos, atualmente a informação é disponibilizada de maneira fácil, sendo até mesmo “despejada” diante de todos.

Com isso, um simples acesso a um portal online de notícias pode proporcionar leituras acerca do processo de escolha de um ministro do Supremo Federal Tribunal, do andamento de processos criminais realizados em primeira instância, do julgamento dos recursos de réus condenados por crimes contra a administração pública, da realização de audiências no âmbito de um processo contra um ex-presidente da República... E esses são apenas alguns dos exemplos.

O Poder Judiciário, sem dúvidas, tornou-se um protagonista das notícias e das discussões atuais.

A população começa a ter maior noção do que está acontecendo no país, ainda que as informações recebidas sejam constantemente apresentadas de formas coniventes a diferentes vieses ideológicos.

Cresce o sentimento de descontentamento e de indignação com o *status quo*, que já assombra o país há anos, mas que anteriormente era mantido às escuras, atendendo a interesses políticos e econômicos.

Muito embora nada disso possibilite um cenário efetivo e adequado de mudanças e de correção dos problemas frequentemente enumerados, ao menos possibilita que haja um clamor social ansiando uma realidade melhor.

O problema é que essas mesmas notícias demonstram que muitas das instituições não são mais confiáveis. A corrupção apresenta-se de forma sistêmica, expandindo-se de maneira silenciosa e rápida por todos os lados.

Uma breve pesquisa pode apontar corrupção nos três poderes, que por vezes tentam ser abafadas como “casos isolados”. Uma estrutura estatal enorme dá margem para a facilitação de obtenção de vantagens indevidas.

Juntando o acesso à informação e os acontecimentos desviantes, criou-se uma espécie de crença de que o Poder Judiciário seria o incumbido de resolver todos os problemas da sociedade.

Gerou-se a crença de que as soluções poderiam ocorrer através de uma atuação conjunta, através do enrijecimento de leis e da atuação implacável de magistrados que as apliquem de forma intensa e severa, com um viés altamente retributivo. Partindo dessa perspectiva, o Poder Judiciário seria a “última esperança” para combater tais problemas, uma vez que diminuiria a sensação existente de impunidade.

Outro aspecto que pode levar à maior notoriedade do Poder Judiciário é que a sociedade não é estanque e mudanças sociais ocorrem constantemente. Apesar da sociedade sofrer constantes alterações, o conjunto de leis dificilmente acompanhará tais alterações e os avanços delas decorrentes.

Várias podem ser as causas dessa discrepância. Pode existir completo desinteresse político, por exemplo. Por vezes os representantes buscam o interesse das maiorias, relegando os interesses de minorias a um segundo plano ou até mesmo ao completo esquecimento. Além disso, mesmo que o interesse seja das maiorias ou até mesmo da integralidade da população, sem trazer desvantagens a quaisquer parcelas da sociedade, pode ser que não coincida com as agendas políticas, hipótese em que o interesse individual (ou de pequenos grupos) resultaria em prejuízos à população de maneira geral.

Outra hipótese é de que os responsáveis pela criação de leis ou pela implementação de mudanças, por dependerem de votação popular para futuras eleições, se abstenham de agir, com o receio do impacto que tais ações podem ter em sua base de eleitores.

Nesse cenário, o Poder Judiciário seria provocado a atuar para decidir muitas questões decorrentes dessa omissão. Uma vez que os membros do Judiciário têm garantias e são escolhidos de maneira diferente, não sofreriam tais pressões e poderiam atuar de maneira mais livre.

Em outro prisma, verifica-se também a inércia administrativa para a execução de políticas eficientes para abranger a integralidade dos direitos e garantias assegurados pela Constituição e, de maneira mais ampla, pelo ordenamento jurídico como um todo.

Apesar de haverem previsões e determinações constitucionais expressas, constantemente existem relatos de insuficiência nos serviços de saúde e educação, a título de exemplo, com todos os graus de complexidade, desde as necessidades mais básicas até as mais elaboradas.

O cidadão que se depara com o problema da omissão do Estado acaba por buscar a tutela jurisdicional para assegurar os seus direitos, levando, mais uma vez, à expansão das demandas do Poder Judiciário.

Inicia-se, então, dos pontos de vista teóricos e práticos, uma discussão acerca da delimitação das competências e de quais seriam os limites das atuações de cada um dos poderes.

Adiante serão apresentados conceitos diversos e por vezes conflitantes, com autores apresentando lados distintos da discussão, tanto de ativismo judicial quanto de judicialização. Dessa forma, é possível verificar o estado da produção acadêmica sobre o tema e obter um panorama geral acerca do assunto abordado.

1.1 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é termo que possui diversos significados, sem que haja uma única definição de forma uníssona, como se verá a seguir. Pode ser compreendido

com vistas a “apreciar decisões do STF que ampliaram o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciaram de suas formas consagradas de atuação”¹³.

Essa é uma situação problemática. A estrutura do sistema é feita de tal forma que cada um dos poderes tem suas competências e suas funções. Idealmente, deve haver um equilíbrio e uma harmonia regendo o sistema, para que as atividades sejam realizadas da melhor maneira possível e sem que haja ingerências e conflitos indesejados.

Não se descarta que os poderes tenham funções atípicas. Certamente, dentro de cada esfera de competência, existem atividades que tipicamente seriam realizadas por outro poder, porém há uma delegação específica ou uma motivação para isso. No caso específico do Poder Judiciário, pode-se dar como exemplos o caso de os tribunais editarem os seus próprios regimentos, em uma atividade “legislativa”, e administrarem a sua própria estrutura, em uma atividade “executiva”.

Porém, tais funções são inerentes e imprescindíveis à própria estrutura do sistema, possuem indicação expressa e não fogem do escopo de atuação interno daquele próprio poder.

O ativismo é uma situação distinta. No ativismo judicial, a atividade foge dos parâmetros pré-estabelecidos e há uma atuação que foge da sua competência inicial, entrando no feixe de competências de outros poderes e colocando em risco o equilíbrio e a harmonia do sistema.

Em relação a isso, Andrei Koerner explica a magnitude do problema:

o ativismo judicial indica uma situação-limite, as fronteiras fluidas, mas necessárias, entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial – o juiz, um tribunal ou o Judiciário como um todo – produziria riscos, extrapolaria suas funções, distanciar-se-ia de seus quadros de referência e atuaria sobre o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses, programas políticos. [...] O problema normativo seria o da inadequação do ativismo judicial com a Constituição e a democracia. Confrontado ao parâmetro, o ativismo seria contrário à Constituição e ao direito, pois seria descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado. Os juízes passariam a fazer a lei e não mais a interpretá-la¹⁴.

13 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós -88. In: **Novos estudos**, v. 96, jul. 2013. p. 70.

14 KOERNER, Andrei. Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós -88. In: **Novos estudos**, v. 96, jul. 2013. p. 72.

Assim, haveria não apenas um contato entre as esferas jurídica e política, o que seria esperado, mas uma espécie de fusão entre elas. O magistrado não mais se manteria em sua função de decidir quando provocado, mas passaria a agir de forma mais ampla, excedendo as suas funções.

Se o papel primordial do magistrado é julgar, pode-se afirmar que através do ativismo não apenas haveria o julgamento, mas também uma suposta “atividade legislativa” ao produzir o próprio direito que usará para julgar. Não existiriam mais os parâmetros anteriores, não existiria qualquer segurança jurídica, mas o julgamento poderia ser pautado por questões puramente políticas e individualistas ao invés de se pautar pelo que já está posto.

O ativismo judicial não é um fenômeno existente apenas no Brasil. Há literatura estrangeira sobre o tema, que já vem sendo discutido há décadas. Lino Graglia definiu o ativismo judicial como “quite simply and specifically, the practice by judges of disallowing policy choices by other governmental officials or institutions that the Constitution does not clearly prohibit”¹⁵.

Essa definição é extensa em seu conteúdo, mas sintética em seu texto. Pode ser vista como um dos parâmetros gerais de ativismo judicial, uma vez que estabeleceria os limites do fenômeno por uma perspectiva, em que os juízes intervêm para vedar escolhas políticas sem que haja uma proibição constitucional clara.

Isso porque uma atuação como essa pressupõe não uma atividade racional e analítica de um sistema jurídico, por exemplo, mas sim a imposição de escolhas e posicionamentos pessoais por parte do magistrado que está tomando a decisão.

Não se fala mais em decidir com base nos fatos e no direito, mas em decidir com base em um juízo de crença. Nem mesmo seria correto utilizar o termo “julgamento por equidade”, porque este pressupõe a busca de um julgamento de acordo com o direito ou mesmo de acordo com um ideal maior de justiça. Quando se trata de ativismo, pode ser que a decisão busque apenas a imposição de um ponto de vista pessoal, sem que se considere qualquer visão macro de justiça ou de direito.

15 GRAGLIA, Lino A. It's not constitutionalism, it's judicial activism. In: **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 19. 1995-1996. p. 296. Tradução livre: "simplesmente e especificamente, a prática dos juízes em desautorizar escolhas políticas de outros oficiais governamentais ou instituições que a Constituição não proíbe claramente".

A abertura que se cria é abismal e possibilitaria todo o tipo de arbitrariedade sob o pretexto de se estar proferindo uma decisão correta, dentro da sua competência e em conformidade com um pretexto direito.

Exercícios argumentativos sempre existem. As acrobacias que podem ser feitas através das palavras podem “justificar” o injustificável. As falácias argumentativas são conhecidas e mesmo assim são utilizadas com frequência.

Em 1977, Ronald Dworkin apresentou uma distinção entre “ativismo judicial” e “moderação judicial”:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. [...]

Ao contrário, o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões de outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.¹⁶

A distinção traçada por Dworkin é bastante didática, principalmente por apresentar dois posicionamentos antagônicos. O ativismo judicial, conforme definido por esse conceito, dá ao magistrado uma maior liberdade para agir com base em princípios, com base inclusive em questões morais da corte, sem qualquer tipo de problema em intervir em atos de outros poderes.

Em contrapartida, a moderação judicial aceitaria a intervenção somente como última alternativa. Nessa hipótese, seria necessário que a atividade dos outros poderes fosse tão distante do texto constitucional que com ele não guardasse qualquer tipo de relação, não sendo mais meramente interpretativa, ou mesmo em contrariedade a um precedente inequívoco. Portanto, tal moderação independeria da interpretação do magistrado, a princípio, que só teria a autorização para atuar em certos casos de inconstitucionalidade flagrante.

16 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

De forma similar, Mark Tushnet apresenta os dois posicionamentos, afirmando que os defensores da moderação judicial argumentam que as cortes deveriam intervir apenas quando fosse realmente necessário, enquanto os defensores do ativismo judicial argumentam que uma postura mais agressiva seria necessária para assegurar que direitos liberais fossem protegidos¹⁷.

Dentre as formas de definição do ativismo judicial, várias categorias podem ser elencadas:

We might define "activism" in any number of different ways by focusing on a court's willingness to strike down laws, to depart from the authority of text, history, and/or precedent, to announce sweeping rules or reach out to decide issues not properly before the Court, or to impose intrusive remedial orders on political actors. Each of these judicial behaviors comports with our intuitive sense of judicial "activism," yet often these different definitions will cut in opposing directions when we try to use them to describe actual rulings. [...] Nonetheless, I want to resist the conclusion that the term is inherently empty. "Activism" is a helpful category in that it focuses attention on the judiciary's institutional role rather than the merits of particular decisions.¹⁸

Portanto, a grosso modo, o ativismo pode estar presente em uma série de situações. Elas dizem respeito não apenas ao que está sendo decidido, mas em como os magistrados atuam em relação às suas funções.

Os exemplos mencionados demonstram que uma atuação extensiva e proativa do Judiciário, ao invés de uma atuação contida e reativa. Essa atuação diferenciada se irradia para outros campos, gerando os atritos já mencionados.

Mostra-se relevante esclarecer que o mero exercício de determinadas funções pelo Poder Judiciário não é suficiente para demonstrar o ativismo judicial, uma vez que tais funções são decorrentes do seu espectro de competências. A invalidação de leis ou o

17 TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – and Democracy - Based Worries. In: **Wake Forest Law Review**. Vol. 38. 2003. p. 815.

18 YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. In: **University of Colorado Law Review**. Vol. 73, Number 4. 2002. p. 1141. Tradução livre: “Nós podemos definir "ativismo" sob qualquer número de diferentes maneiras ao focar na disposição da corte em anular leis, de se separar da autoridade do texto, história e/ou precedente, de alterar regras ou decidir questões não propriamente trazidas à Corte, ou a impor ordens intrusivas a outros atores políticos. Cada um desses comportamentos judiciais comporta um senso intuitivo de "ativismo", ainda que frequentemente essas diferentes definições irão seguir direções diferentes quando houver a tentativa de usá-las para descrever decisões reais. [...] Ainda assim, quero resistir à conclusão de que o termo é inerentemente vazio. "Ativismo" é uma categoria relevante em que a atenção é voltada à função institucional do Judiciário ao invés dos méritos de certas decisões”.

controle de constitucionalidade, isoladamente considerados, não devem ser vistos como ativismo:

Invalidation alone, however, reveals little about the propriety decisions. The mere fact that the Court has struck down more laws in recent years does not automatically render the individual decisions suspect. Imagine, for example, that Congress somehow passed a bipartisan statute that established a national religion. If the Court invalidated this clearly unconstitutional law, no one would suggest that it had engaged in judicial activism. "Judicial activism" cannot be synonymous with merely exercising judicial review. [...] In other words, the Court is engaging in judicial activism when it reaches beyond the clear mandates of handiwork of the other government branches¹⁹

Assim, é necessário que haja a utilização desses meios para alcançar uma finalidade específica, que seria justamente a atuação sobreposta (e indevida) aos trabalhos dos outros poderes.

Pode-se afirmar que o problema estaria na aplicação dos procedimentos legítimos visando a obtenção de um resultado específico, o que já foi chamado de “essência do ativismo judicial”:

Thus, judges fail to act within their proper role when they engage in "result-oriented judging," whereby their decisions are driven by their ideological preferences concerning substantive case outcomes (e.g., liberal Justices preferring liberal policy outcomes and conservative Justices preferring conservative outcomes). As a result, based on ideological predispositions, a liberal Justice would rule in favor of criminal defendants' rights, whereas a conservative Justice would oppose such rights. Such ideological judging has been called "the essence of judicial activism".²⁰

19 KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”. In: **California Law Review**, Vol. 92. 2004. P. 1464. Tradução livre: “Invalidação por si só, entretanto, revela pouco sobre as decisões. O mero fato de que a Corte anulou mais leis nos anos recentes não automaticamente tornará suspeitas as decisões individuais. Imagine, por exemplo, que o Congresso de alguma forma criou um estatuto que estabeleceu uma religião nacional. Se a corte invalidar essa lei claramente inconstitucional, ninguém sugeriria que ela estaria realizando um ativismo judicial. "Ativismo Judicial" não pode ser sinônimo de meramente exercer o controle de constitucionalidade. [...] Em outras palavras, a Corte realizará o ativismo judicial quando ultrapassa os mandatos claros dos outros ramos do governo”.

20 CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. In: **Minnesota Law Review**. Vol. 91. 2007. p. 1766. Tradução livre: Juízes falham em agir dentro de sua função quando eles começam a "julgar orientados pelo resultado", em que as suas decisões são movidas por suas preferências ideológicas a respeito dos resultados materiais do caso (exemplo: juízes liberais preferindo resultados de política liberal e juízes conservativos preferindo resultados conservativos). Como resultado, baseado nas predisposições ideológicas, um juiz liberal poderia decidir em favor dos direitos da defesa criminal, enquanto um juiz conservativo iria se opor a tais direitos. Essa forma de julgamento ideológico tem sido chamada de "a essência do ativismo judicial".

Por mais que se busque a neutralidade da decisão, o juiz jamais será completamente neutro. O conjunto de experiências e de fatos vivenciados jamais poderão ser excluídos da mente do julgador. Da mesma forma, as suas ideologias também estão presentes na sua forma de ver o mundo.

As decisões, portanto, não alcançariam um nível ideal de neutralidade, como se desejaria. Porém, como alternativa, tais decisões deveriam ser ao menos imparciais, sem favorecimento para uma determinada vertente de raciocínio ou para alguma das partes envolvidas no litígio. A apreciação dos fatos deveria se dar casuisticamente, sem pré-julgamentos. O caminho para a decisão deveria passar pela análise dos fatos, pela análise do direito aplicável ao caso e pela subsunção do fato à norma. O contrário seria um julgamento ideológico ou imparcial, em que se estabelece um pré-julgamento e então se busca uma forma de dar um aspecto de legalidade à fundamentação, “encaixando” os fatos da maneira mais conveniente.

Ainda como forma de classificação, Bradley Canon enumerou seis dimensões do ativismo, com o objetivo de estabelecer os limites em que os casos poderiam ser entendidos como ativismo:

- (1) Majoritarianism - the degree to which policies adopted through democratic processes are judicially negated.
- (2) Interpretive Stability - the degree to which earlier court decisions, doctrines, or interpretations are altered.
- (3) Interpretive Fidelity - the degree to which constitutional provisions are interpreted contrary to the clear intentions of their drafters or the clear implications of the language used.
- (4) Substance/Democratic Process Distinction - the degree to which judicial decisions make substantive policy rather than affect the preservation of democratic political processes.
- (5) Specificity of Policy - the degree to which a judicial decision establishes policy itself as opposed to leaving discretion to other agencies or individuals.
- (6) Availability of an Alternate Policymaker - the degree to which a judicial decision supersedes serious consideration of the same problem by other governmental agencies.²¹

21 CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. In: **Judicature**. Vol. 66. Number 6. December-January. 1983. P. 239. Tradução livre: (1) Majoritarianismo - o grau em que as políticas adotadas através de processos democráticos são judicialmente negadas.

(2) Estabilidade interpretativa - o grau em que as anteriores decisões da corte, doutrinas e interpretações são alteradas.

(3) Fidelidade interpretativa - o grau em que as disposições constitucionais são interpretadas contrariamente às claras intenções dos seus redatores ou às claras implicações da linguagem usada.

(4) Distinção entre processo democrático e matéria - o grau em que as decisões judiciais fazem políticas materiais ao invés de afetar a preservação dos processos políticos e democráticos.

O aspecto majoritário já foi mencionado anteriormente, pois seria a situação em que o magistrado decide substituindo uma política pública editada por um órgão de representantes eleitos, assim como os casos em que leis são anuladas.

A estabilidade interpretativa diz respeito à intensidade em que uma decisão segue ou abandona um precedente ou uma doutrina judicial estabelecida. A sua maior gravidade ocorreria quando uma corte alteraria o seu próprio entendimento emanado em decisões anteriores.

A fidelidade interpretativa trata da análise das disposições constitucionais. O ativismo, nesse caos, ocorreria quando a interpretação não vai ao encontro do significado comum das palavras dispostas ou com os objetivos dos constituintes. Em respeito a esse ponto, alega-se que as constituições foram criadas em um determinado momento histórico e que os magistrados precisariam encontrar novos significados para textos antigos a fim de adequá-los à nova realidade.

Em outra hipótese de ativismo, as cortes podem acabar atuando de maneira substantiva, diretamente na matéria, ao invés de apenas preservar os procedimentos democráticos.

A dimensão acerca da especificidade das políticas refere-se à atuação dos juízes como criadores de políticas públicas, ao determinar que a administração pública realize certas políticas, de maneira detalhada. Tais decisões não apenas determinariam a realização das políticas públicas existentes, mas seriam uma atuação efetiva no sentido de criar os contornos das políticas que os demais órgãos deveriam implementar.

Por fim, a dimensão da disponibilidade da criação de políticas por um órgão diferente busca responder uma série de questões: outro órgão poderia criar uma política similar à encontrada na decisão? Se outro órgão tem a autoridade necessária, é politicamente ou praticamente viável fazê-lo? Esse órgão teria mais conhecimento e acesso a informações para criar a política do que o Judiciário teria?

Nessa dimensão, o ativismo estaria presente em uma decisão que estabeleça uma política quando há uma possibilidade razoável de outro órgão criar uma política

(5) Especificidade da Política - o grau em que uma decisão judicial estabelece a própria política ao invés de deixar para outras agências ou indivíduos.

(6) Disponibilidade de um criador de políticas alternativo - o grau em que uma decisão judicial substitui a consideração do mesmo problema por outras agências governamentais.

similar em um futuro próximo e/ou que a natureza da política demande conhecimentos ou informações que não estejam normalmente disponíveis no processo judicial.

Como exposto, de maneira geral o ativismo judicial evidencia um problema inicial de estruturação e divisão de poderes. Ocorre que isso leva a um problema ainda maior. O julgador, tendo um poder ilimitado em suas mãos e agindo arbitrariamente de acordo com as suas convicções e vontades, pode agir para prejudicar determinadas pessoas ou determinados grupos. Ressalte-se que, para isso, seria necessário não apenas o fenômeno do ativismo, mas um desvio de intenções por parte do julgador.

Ocorrendo em primeiro grau de jurisdição, ao menos é possível que as decisões sejam revertidas adiante. Ocorrendo em última instância, não haveria, a priori, remédio para se corrigir tais injustiças.

Abre-se um espaço não apenas para julgamentos infundados (ou fundados na atividade legislativa decorrente do raciocínio perpetrado pelo julgador), mas também para perseguições políticas e para imposição de mudanças sociais que podem ser completamente desconexas de qualquer objetivo social ou constitucional.

É possível apresentar o exemplo de algo que pode ocorrer no âmbito do Supremo Tribunal Federal: uma decisão proferida pelo pleno, ainda que de maneira não unânime, deveria representar a opinião da corte para determinado assunto e, assim, pacificar aquele tema e assegurar ao menos um mínimo de estabilidade e previsibilidade para os casos seguintes.

Porém, caso um novo pedido liminar seja distribuído para a relatoria de um dos ministros que foi voto vencido no julgamento do pleno, é possível que o relator decida de acordo com o seu voto vencido ao invés de decidir em conformidade com o julgamento realizado pelo pleno, fazendo valer a sua vontade e não a decisão do colegiado.

Nesse caso, ainda haveria uma provável fundamentação jurídica. Diverso seria o caso em que o magistrado opta por adotar posicionamentos pessoais e sem correlação com o Direito. Existem casos em que a fundamentação de decisões passa longe de ser jurídica e baseia-se tão somente na moral. Há decisões sendo proferidas utilizando

passagens bíblicas como fundamentação²², o que deveria ser inadmissível em um Estado laico, em que a separação entre Estado e igreja ocorreu há muito tempo.

Tais situações apenas demonstram como os parâmetros jurídicos são deixados cada vez mais de lado, em prol de uma atuação individualista e sem correlação com o Direito em si.

Em contraponto, argumentos favoráveis ao ativismo judicial podem afirmar que os textos constitucional e legal não acompanhariam a evolução social e que, para isso, seria necessário que os magistrados tomassem uma iniciativa quando provocados a atuar nos casos específicos. Ainda, fala-se que o termo é manipulável, “with the result that participants in both academic and political debates generally use ‘judicial activism’ as a convenient shorthand for judicial decisions they do not like”²³. Igualmente, nessa mesma linha argumentativa, alega-se que o ativismo judicial é, “more often than not, a code word used to induce public disapproval of a court action that a politician opposes, but is powerless to overturn”²⁴.

22 Menciona-se exemplificativamente a decisão proferida nos autos de número 0509565-97.2016.4.02.5101, da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, em 9 de novembro de 2016, em que a Bíblia é citada diretamente, conforme trecho transcrito a seguir:

“Outro aspecto a ser valorizado é o efeito educativo que o rigor judicial certamente há de exercer sobre os milhares de administradores públicos de nosso país, pois não há maior incentivo à criminalidade do que o sentimento generalizado de impunidade por parte de quem se acha acima do próprio Estado de Direito. São atuais, portanto, os preceitos bíblicos consagrados no Livro de Eclesiastes (capítulo 8, versículo 11), que pontua:

“Por que será que as pessoas cometem crimes com tanta facilidade? É porque os criminosos não são castigados logo;” (Bíblia Sagrada – Nova Tradução na Linguagem de Hoje)”.

Igualmente, a Bíblia foi utilizada na fundamentação da sentença dos autos 0006624-98.2011.8.16.0021, perante o 1º Juizado Especial Cível de Cascavel, Paraná:

“a Bíblia Sagrada, em Eclesiastes, capítulo 3, dos versos 1 a 8, já ensina: “Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu. Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou; Tempo de matar, e tempo de curar; tempo de derrubar, e tempo de edificar; Tempo de chorar, e tempo de rir; tempo de prantear, e tempo de dançar; Tempo de espalhar pedras, e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar, e tempo de afastar-se de abraçar; Tempo de buscar, e tempo de perder; tempo de guardar, e tempo de lançar fora; Tempo de rasgar, e tempo de coser; tempo de estar calado, e tempo de falar; Tempo de amar, e tempo de odiar; tempo de guerra, e tempo de paz.”; o que diria para o autor, apoiado nesta Palavra é: “há tempo de ficar na fila, conforme-se com isso”;”.

23 YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. In: **University of Colorado Law Review**. Vol. 73, Number 4. 2002. p. 1141. Tradução livre: “com o resultado de que os participantes dos debates acadêmicos e políticos geralmente usam “ativismo judicial” de forma conveniente para as decisões que eles não gostam”.

24 JUSTICE, William Wayne. The Two Faces of Judicial Activism. In: **The George Washington Law Review**. Vol. 81. 1992. p. 1. Tradução livre: “mais frequentemente do que não, uma palavra usada para induzir a desaprovação pública da ação de uma corte que um político se opõe, mas não tem poderes para alterar.”

Não há elementos suficientes para afirmar que o ativismo seja a regra no Poder Judiciário brasileiro, assim como não há elementos para afirmar o contrário. O comportamento deve ser visto, em certos casos, como desviante, portanto não seria uma regra geral de atuação.

Ainda assim, a ocorrência desse fenômeno é problemática, uma vez que existe em diferentes graus de jurisdição e em múltiplas competências territoriais.

Violações de garantias e direitos fundamentais podem ser frequentemente perpetradas dessa forma, em detrimento de um processo histórico de consolidação constitucional e legal.

1.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização, pela análise do significado do próprio termo, remeteria à noção de transformar algo de qualquer outra seara em algo judicial. Torbjörn Vallinder definiu a judicialização da política de duas formas:

Thus, the judicialization of politics should normally mean, either

- (1) The expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the service to the courts, or, at least,
- (2) The spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up, we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process.²⁵

25 VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction. In: **International Political Science Review**, vol. 15, No. 2. 1994. p. 91. Tradução livre: “A judicialização das políticas normalmente deveria significar

(1) A expansão da atividade das cortes ou juízes Às custas dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência dos direitos de tomada de decisões do legislativo, do gabinete, ou do serviço às cortes, ou, ao menos,

(2) A disseminação dos métodos de tomada de escolha judiciais fora da seara jurídica. Resumidamente, podemos falar que a judicialização essencialmente envolve tomar algo na forma de um processo judicial”.

Essa definição é uma das mais clássicas e mais utilizadas, porém não é a única possível. Ela pode até refletir bem o termo, mas um aprofundamento é útil para compreender qual é a sua funcionalidade.

Ran Hirschl define judicialização da política como “the reliance on courts and judicial means for addressing core moral predicaments, public policy questions, and political controversies”²⁶, em que o Poder Judiciário frequentemente passa a atuar em uma série de questões mais amplas.

Em realidade, a judicialização é um fenômeno extenso, cuja magnitude não se pode expressar em apenas uma de suas vertentes. O que há é um maior escopo de atuação do Judiciário e sua influência se expandindo pela sociedade de diferentes maneiras.

A definição apresentada por Vallinder resume duas formas de judicialização. A primeira delas utiliza a ideia de que há uma alteração do *locus* de decisão política dos outros órgãos para o Poder Judiciário.

A judicialização da política acompanha a complexidade social em um cenário de conquista e discussão de direitos, de forma que não mais se restringe a discussão de questões políticas ao campo Legislativo, mas há a possibilidade de debate também no campo judicial:

As fronteiras entre o direito e a política se atenuaram com a possibilidade da submissão de questões políticas para o judiciário. A respeito de tal fenômeno, pouco pode ser feito para que as coisas voltem a um lugar idealizado em que o Judiciário decide estritamente questões técnicas e o Legislativo delibera apenas sobre questões políticas. A judicialização da política indica que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos para além da relação tradicional de representantes e representados. Trata-se de um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (address) a questão.²⁷

Essa é a noção de que, por algum de inúmeros motivos possíveis, os magistrados assumem uma incumbência que anteriormente não seria (ou não deveria ser)

26 HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: **The Oxford Handbook of Political Science**. 2013. Tradução livre: “a utilização das cortes e dos meios judiciais para abordar dificuldades morais essenciais, questões de políticas públicas, e controvérsias políticas”.

27 CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: **Revista de Investigações Constitucionais**. Vol. 2. 2015. p. 202.

sua. Como demonstrado, isso pode ocorrer pela omissão dos indivíduos e corpos originariamente competentes, ou até mesmo de maneira intencional, com a intenção de evitar o desgaste em relação à opinião pública, decorrente dessas decisões.

O processo político é notoriamente um processo de escolhas e renúncias, uma vez que os interesses representados por vezes contêm matérias incompatíveis entre si, sendo impossível (ou ao menos não prático) conciliar os interesses de todos.

O ordenamento jurídico contém uma série de escolhas formalizadas e cristalizadas na Constituição e nas demais normas. Os direitos assegurados ao longo do tempo foram, também, fruto de conquistas sociais.

Nesse sentido, podem surgir conflitos de interesses. Ao mesmo tempo em que tais direitos não podem ser eliminados, pois assim se incorreria em inconstitucionalidades diretas ou indiretas, seu caráter pode ser contramajoritário e muitas vezes a sua efetivação pode ir de encontro aos interesses majoritários.

Considerando o pressuposto de que os recursos são limitados e que a sua alocação levará a escolhas, bem como que tais escolhas amoldam o caminho pelo qual a sociedade se desenvolve e avança, todo o processo de decisão tem impactos.

Esse tipo de atividade, por si só, pode gerar um desgaste aos políticos que, eleitos, dependem de uma base eleitoral ampla para assegurar um eventual sucesso em futuras eleições, seja para o mesmo cargo ou para outra função qualquer.

Por outro lado, a atividade pode gerar um apoio popular diretamente proporcional ao grau de apelo que as decisões políticas têm. A opinião popular, amplamente considerada, pode estar vinculada aos interesses individuais e egoísticos da maioria, desconsiderando quaisquer decisões políticas que beneficiem minorias ou que tão simplesmente não beneficiem as majorias.

Existe, ainda, outro aspecto importante desse cenário. Além da consideração da base popular que gera votos e pleiteia a concretização de seus interesses, existe a consideração dos detentores do poder econômico, concentrado nas mãos de poucos, mas cuja voz sempre se faz ser ouvida.

Mesmo que tal poder esteja com uma parcela mínima da população, é inegável que tal parcela tem os instrumentos para fazer valer a sua opinião e os seus interesses, por dois aspectos principais: o primeiro é puramente monetário, em que financiam campanhas eleitorais, auxiliando na posse de mandatos políticos por

candidatos que tenham propósitos coincidentes aos seus; o segundo é através da realização de *lobby*, em contato direto com os indivíduos e grupos responsáveis por atuar nos processos decisórios, com vistas a influenciar diretamente no resultado, para que este esteja alinhado a determinados interesses. Ressalte-se que o Poder Judiciário não está livre dessa forma de influência. Além disso, inexistindo a transparência necessária, este último aspecto pode ainda favorecer eventuais práticas ilícitas.

Vallinder realiza uma comparação entre a maneira política e a maneira judicial de se resolver as situações, como forma de evidenciar as diferenças entre os dois métodos. O Judiciário age, de maneira geral, com duas partes e um terceiro participante (o magistrado), através de audiências abertas e a ponderação de argumentos, com a decisão proferida por um juiz imparcial, decidindo em casos individuais, conferindo os fatos, os regramentos relevantes e encontrando a “única solução correta”. O Poder Legislativo possui várias partes envolvidas, barganhando frequentemente a portas fechadas, decidindo através de um princípio majoritário, gerando regramentos gerais e políticas, com a alocação de valores (frequentemente econômicos) e encontrando “a solução politicamente possível”²⁸.

No caso de verificar a judicialização como a utilização dos métodos judiciais fora do campo judicial, essa diferenciação demonstra claramente quais seriam os impactos, uma vez que os processos judiciais e políticos adotam contornos claramente distintos.

Isso ocorre, basicamente, em todos os aspectos, incluindo a forma deliberativa, a maneira de proferir decisões, o resultado advindo da decisão e quais as implicações futuras daquele processo decisório.

Enquanto o processo político parece buscar acomodar uma série de valores e interesses em uma decisão, o processo judicial seria voltado ao uso da razão, devendo existir uma fundamentação robusta para toda e qualquer decisão que venha a ser tomada em seu âmbito.

Neal Tate sugere a existência de uma série de condições facilitadoras para a expansão do Poder Judiciário: a democracia, a separação dos poderes, políticas de direitos, uso das cortes por grupos de interesse, uso das cortes pela oposição e a ineficácia

28 VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction. In: **International Political Science Review**, vol. 15, No. 2. 1994. p. 92.

das instituições majoritárias, percepções das instituições realizadoras de políticas e a delegação pelas instituições majoritárias²⁹, conforme se explicará detalhadamente a seguir.

Ainda que exista discussão acerca da judicialização ser um risco para a democracia, é inviável encontrar tal fenômeno fora de um regime democrático. Isso porque seria pouco provável que um ditador, por exemplo, autorizasse juízes independentes a aumentar o seu poder em relação a políticas públicas essenciais, além de que tolerar um processo decisório judicial em conformidade com os procedimentos legais e com os direitos estabelecidos poderia ser lhe prejudicial.

A separação dos poderes também é necessária porque assim os juízes apenas interpretam a lei, mas não as criam. Com as garantias e a autonomia que a separação de poderes lhes garante, os magistrados podem atuar mais efetivamente em situações em que as políticas não foram realizadas de forma adequada.

A política de direitos é considerada mais relevante pelo autor porque, independentemente de existir uma carta formal de direitos, a aceitação de que indivíduos ou minorias têm direitos que podem ser executados contra a vontade das majorias parece tornar mais fácil que os juízes tomem decisões a favor de minorias sobre majorias.

Os tribunais podem ser usados por grupos de interesse que veem o Judiciário como um espaço mais propício para ter os seus direitos respeitados, em comparação aos espaços de decisão majoritária. Através da tutela judicial, esses grupos podem alcançar os seus objetivos e expandir os seus direitos, até mesmo incluindo interesses que seriam apenas remotamente conectados a uma carta de direitos.

Em relação aos sistemas políticos, as cortes podem ser utilizadas pelas oposições parlamentares para se opor a iniciativas governamentais, quando não poderiam realizar tal oposição pelas vias majoritárias.

Ainda, as instituições majoritárias podem, por exemplo, redefinir legislativamente uma disputa sobre um direito, levando as minorias a buscar um local de discussão em que possam ser ouvidas contra as majorias, como são as cortes. Além disso, os partidos políticos e as coalizões governamentais podem ser fracos a ponto de não

29 TATE, Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press. 1995. P. 28-33

conseguir desenvolver políticas públicas efetivas, cabendo ao Judiciário atuar em certos casos.

A percepção acerca das instituições realizadoras de políticas pode ser tanto uma causa quanto uma consequência da inabilidade das instituições majoritárias realizarem políticas públicas efetivas. Enquanto o Judiciário possui uma tendência a ter uma melhor reputação, sendo mais respeitado e legitimado que as outras instituições, as instituições majoritárias podem ser vistas como imobilizadas, egoístas ou mesmo corruptas.

Por fim, pode ocorrer de as instituições majoritárias delegarem o poder de forma intencional, quando não querem arcar com os ônus decorrentes da tomada de decisões.

Sobre o assunto, Ran Hirschl publicou o livro *Towards Juristocracy*. Na obra, o autor expõe o caso de quatro países (Israel, Canadá, Nova Zelândia e África do Sul), na época da promulgação de suas constituições, teorizando que a reforma constitucional teria ocorrido movida por interesses políticos dominantes que buscavam manter o seu poder³⁰.

Nesse cenário, a delegação de poderes para uma corte especializada e nomeada, ao invés de eleita, possibilitaria que os membros políticos das instituições majoritárias não sofreriam o desgaste de enfrentar questões políticas e frequentemente contramajoritárias. Com isso, deslocaria os atritos e a impopularidade decorrente de tais atos para o Poder Judiciário, mantendo uma estabilidade maior nos outros poderes.

Além disso, pela forma de composição dos tribunais constitucionais, os grupos políticos dominantes teriam seus interesses preservados, por questões como a escolha e nomeação dos ministros constitucionais.

O autor apresenta três fatores que facilitaram esse empoderamento consciente do Poder Judiciário e que reduziram o risco de quem entregou essa autoridade: um nível suficiente de certeza que a corte constitucional produziria decisões que serviriam aos seus interesses, o controle geral das elites políticas sobre a composição das altas cortes nacionais e a existência da crença pública na imparcialidade política do Judiciário.

Como visto, a judicialização é um fenômeno amplo, com muitos fatores que podem levar à sua ocorrência.

30 HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2007. p. 50-99.

1.2.1 CATEGORIAS DE JUDICIALIZAÇÃO

Ran Hirschl afirma que a “judicialização da política” é algo amplo, abrangendo três categorias distintas:

disseminação de discursos, jargões, regras e procedimentos jurídicos na esfera política e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas; a judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas “comuns de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública; e a judicialização da “política pura” – a transferência, para os tribunais, de assuntos cuja natureza e significado são claramente políticos, incluindo importantes debates sobre a legitimidade de regimes e identidades coletivas que definem (e muitas vezes dividem) comunidades inteiras³¹

A primeira categoria é chamada pelo autor de “judicialização das relações sociais” e abrange o uso das formalidades jurídicas no campo político e na elaboração das políticas públicas. Essa formalidade abrange tanto o uso do vocabulário jurídico quanto o uso de procedimentos que lembram os judiciais.

A segunda categoria representa ainda mais a judicialização, sendo a forma normalmente mencionada quando se menciona o assunto. É a categoria que encobre o controle de constitucionalidade e a atuação geral do Poder Judiciário sobre os atos proferidos pelos outros poderes.

Há uma utilização cada vez maior do seu uso e, nesse aspecto, surge uma tensão muito grande para a atividade judicial. Isso porque a sua atuação pode ameaçar o próprio sistema, retirando o equilíbrio e a harmonia entre os poderes através de ingerências potencialmente indevidas sobre a atuação dos demais órgãos, e porque dá vazão a um ativismo judicial sem limites aparentes.

Os julgamentos pelas cortes constitucionais são previstos pela própria Constituição. É necessário que haja a proteção dos direitos e garantias assegurados em

31 HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Brasil, 251, mar. 2013.

seu texto, assim como por vezes é necessário que haja uma intervenção específica em casos de omissão dos demais poderes, por exemplo.

Os direitos e garantias presentes no texto constitucional devem ser efetivados e, diante da sua não observância, os cidadãos têm a possibilidade de recorrer à tutela judicial para assegurar essa efetivação.

Ocorre que o escopo de atuação do Poder Judiciário não é necessariamente claro em uma análise prévia, o que pode dar vazão a uma atuação que extrapolaria os limites da sua competência, invadindo a competência dos outros poderes. A título de exemplo, seria o que ocorre quando um tribunal decide não apenas sobre a necessidade de se executar uma política pública, mas vai além e define qual seria o conteúdo dessa política, em uma espécie de usurpação de competência.

É evidente que tais situações são complicadas de um ponto de vista prático, uma vez que o Judiciário age quando provocado a resolver alguma forma de controvérsia e não pode se eximir de decidir. É plenamente possível que existam situações em que não há qualquer alternativa para a efetivação de um direito fundamental, assim como é plenamente possível que existam situações em que a determinação judicial seja indevida.

Seguindo as categorias, a terceira forma seria a judicialização da “megapolítica”, em que o Poder Judiciário passa a decidir questões centrais de cunho político, que podem reger a sociedade de maneira geral.

Nesse ponto, a atuação judicial toma uma proporção enorme e sem paralelos, pois passa a ter poder não apenas para resolver uma questão dentro de um processo que terá efeito apenas entre as partes, mas decide questões que vão impactar o país inteiro.

O Judiciário passaria a ter um protagonismo muito grande, não apenas definindo políticas públicas, mas enfrentando dilemas morais e definindo os rumos da sociedade a partir de seus julgamentos.

Reconhece-se que a Constituição, apesar de seu texto já posto, deve acompanhar os avanços sociais, sendo necessário que haja a efetivação de muitas das alterações não apenas no âmbito prático, mas no âmbito jurídico também.

O processo legislativo, principalmente no tocante a emendas constitucionais, exige um tempo extenso para a sua realização, que pode ser fatal quando se trata do reconhecimento de direitos.

As decisões proferidas pelos tribunais, através da interpretação constitucional de maneira sistemática e amparada também nos acontecimentos sociais, pode ser a maneira mais rápida de se assegurar a efetividade da própria Constituição.

Nesses casos, ocorre um deslocamento do *locus* de discussão e com isso surgem vários problemas. Primeiramente, muitos desses casos podem ser majoritariamente (ou plenamente) de natureza política, levando as cortes a decidirem não mais pelo aspecto jurídico.

Pode-se argumentar que, ao julgar tais questões, os magistrados não estariam mais no seu escopo de atuação e passariam a atuar como administradores públicos ou como legisladores, sem a legitimidade democrática para tanto.

Esse amálgama entre o jurídico e o político é problemático, porque cada uma das esferas possui características próprias que passam por aspectos como legitimidade, representatividade, processos decisórios, formas de deliberação... E não há como fundir as duas esferas, portanto o resultado é a obtenção de um resultado através de meios que não são os tradicionais, que não são os determinados inicialmente por um ordenamento jurídico.

1.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E JUDICIAL REVIEW

O *judicial review* é a possibilidade de a Suprema Corte analisar a conformidade de atos dos demais poderes em relação à Constituição.

Há literatura apontando que a base do *judicial review* remonta ao caso Bonham³², julgado no ano de 1610 pela Court of Common Pleas na Inglaterra, em que o “Chief Justice” daquela corte, Sir Edward Coke, afirmou que, em muitos casos, será necessário controlar os atos do parlamento e eventualmente considera-los nulos quando contrários ao direito e à razão.

32 HELMHOLZ, Richard H. Bonham’s Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: **The Journal of Legal Analysis**. Vol. 1. p. 327.

Essa seria apenas uma primeira ideia para o *judicial review*, que posteriormente seria aprimorada com a própria Constituição norte-americana e com outros julgados da Suprema Corte, chegando a três proposições fundamentais: que a Constituição é fundamental e emana do povo, que o ato legislativo é feito por representantes do povo e que a Constituição é executável pelos tribunais³³.

O Capítulo 78 de “O Federalista” realiza uma defesa ao *judicial review* de atos emanados pelos outros poderes, tornando a discussão, inclusive, uma questão de freios e contrapesos. Seu fundamento inicial é que o Poder Judiciário é o mais fraco entre os três poderes e que, por suas características, seria o que menos teria meios para atacar a Constituição, uma vez que não pode tomar qualquer resolução ativa³⁴.

O autor explica que o *judicial review* é benéfico à aplicação da Constituição, uma vez que o que se busca não é alterar o texto constitucional, mas encontrar o sentido da Constituição e demais atos normativos, sempre em conformidade com aquela e evitando a sua contradição³⁵.

Ainda em relação à legitimidade do *judicial review*, existem duas concepções acerca de qual seria a abrangência do controle. A primeira delas é a procedimentalista, em que “a jurisdição constitucional deve estar limitada a proteger os direitos de participação política que garantam a higidez do processo democrático”³⁶ e a substantiva, que “não defende uma autolimitação judicial mas, ao contrário, defende um ativismo judicial que determine e proteja os valores substantivos calcados na Constituição, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais”³⁷.

Conforme visto ao longo deste capítulo, o *judicial review* é uma das formas pelas quais a judicialização da política ocorre. O Poder Judiciário tem a competência para rever os atos emanados pelos demais poderes, seja o Executivo ou o Legislativo, para assegurar a sua conformidade com a Constituição.

33 CORWIN, Edward Samuel. The Establishment of Judicial Review. In: **The Michigan Law Review Association**, 1910. p. 107. Tradução livre: “Primeiro, que a constituição emana do povo e é fundamental; Segundo, que um ato legislativo emana meramente de representantes do povo; terceiro, que a constituição é lei e, como tal, é executável pelos tribunais”.

34 HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 458.

35 HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003. p. 460.

36 KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: **Revista Direito GV**, v. 15, 2012.

37 KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: **Revista Direito GV**, v. 15, 2012.

Essa atuação tem previsão constitucional e, ao menos em um cenário ideal, assegura a efetivação da Constituição e dos seus preceitos, garantindo em última análise a efetivação dos direitos contidos em seu texto.

Não haveria, a princípio, ilegitimidade do Poder Judiciário no exercício do *judicial review*. O deslocamento do local de discussão seria uma forma de execução do sistema de freios e contrapesos entre os poderes e, dessa maneira, seria mantida a harmonia do sistema.

Pode ocorrer, porém, que a atuação das cortes seja muito mais ativa e ampla do que a Constituição assegura. Seriam os casos em que o Judiciário, para além da simples análise de constitucionalidade dos atos emanados pelos órgãos competentes, atuasse de maneira indevida com a produção de políticas públicas ou com a anulação de leis que não contrariem realmente a Constituição, extrapolando o seu feixe de competências e gerando uma ingerência indevida (e vedada) na atuação dos demais poderes.

É relevante esclarecer que o exercício do *judicial review* é legítimo, a princípio. O Poder Judiciário é chamado a se manifestar e não pode “não decidir”. Ao longo do capítulo, vários elementos teóricos foram abordados corroborando isso.

Existem, porém, casos em que a intervenção pode ser flagrantemente indevida, ocorrendo exclusivamente com o condão de fazer prevalecer uma determinada vontade ou ideologia, removendo qualquer neutralidade ou imparcialidade que devesse estar presente na decisão.

A análise, portanto, não pode ser generalista, mas sim casuística, verificando as particularidades de cada caso e a maneira com que se proferiu uma decisão. Em resumo, é possível que meios legítimos sejam utilizados para alcançar resultados ilegítimos.

2 EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tem uma preocupação bastante acentuada com os direitos fundamentais, a ponto de estabelecê-los e torná-los presentes por todo o seu texto.

Essa opção é realizada com base nos valores que os constituintes, representantes do povo, elegeram como relevantes para a sociedade, calcados nos fundamentos da República e com vistas alcançar os seus objetivos, também explicitados no texto constitucional.

Assim, o sistema de direitos e garantias fundamentais deve ser compreendido sob a ótica de respeito à dignidade da pessoa humana, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminação de quaisquer formas possíveis.

A extensa lista de direitos fundamentais, elencados de maneira expressa, gera o dever de concretização por parte do Estado. A omissão estatal deve ser vista como uma inconstitucionalidade, uma vez que contraria diretamente o texto e as disposições constitucionais.

A Constituição tem um claro viés social, porém muitas vezes encontra desafios de ordem material na efetivação dos direitos, havendo a imprescindibilidade de encontrar meios de financiar os custos públicos com as prestações estatais.

Direitos não são gratuitos e direitos dependem de um sistema de custeio e isso pode ser um ônus bastante pesado, mas que o Estado tem que invariavelmente encontrar formas de arcar.

Não há uma única resposta para como se assegurar o custeio ou quais seriam as melhores formas para tanto. Existem, porém, diversas teorias e diversos debates acerca do tema.

A noção de Estado Social tem como base e fundamento a arrecadação de tributos para o custeio de suas atividades. Ainda assim, a elevada carga tributária não dá

conta de assegurar recursos para as atividades mais básicas, sendo inimaginável o custeio, por essa modalidade, de uma gama integral de direitos.

Em realidade, há grande insatisfação popular com a carga tributária do Brasil, cujas reclamações costumam ter como alvo tanto a elevada tributação como a insuficiente ou inexistente contraprestação por essa arrecadação.

Muito embora a Constituição tenha criado um sistema de princípios e valores que devem ser efetivados e respeitados, constantemente se ouve notícias acerca dos problemas orçamentários e alocativos com relação a questões básicas como educação e saúde.

Ocorre que, ao ter uma Constituição prescrevendo tais valores, o Estado tem o dever concretizar esses direitos. O rol de direitos fundamentais não se trata apenas de um texto ou de uma referência, mas é uma obrigação que o Estado assume. Não é apenas um conjunto de elementos textuais, mas há uma grande representatividade no que está elencado na Constituição. A dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e todos os demais pautam a atividade estatal, sendo que a sua não efetivação seria uma inconstitucionalidade:

Daí a destacada importância da atuação do poder legislativo e do poder executivo, a quem cabe, originariamente, a difícil tarefa de buscar o equilíbrio orçamentário e a satisfação das necessidades, na medida do possível. Numa constituição que não abarrotasse o estado e os cidadãos de deveres coma busca por um ideal de convivência digna e de desenvolvimento sustentável, erros crassos desses poderes, na realização dessa tarefa, não implicariam, necessariamente, inconstitucionalidade. No constitucionalismo contemporâneo, porém, essas inconstitucionalidades podem ocorrer, e são preocupações que a comunidade jurídica já não pode mais abandonar, sob o pretexto de que seriam temas pré-jurídicos ou extrajurídicos. No passado, talvez tenham sido; hoje, não são mais. Certas constituições, como a portuguesa, inclusive, determinam, de forma expressa e direta, que a política tributária seja compatibilizada com a proteção do meio-ambiente e da qualidade de vida; que contribua para a justiça social, a igualdade de oportunidades e a correção das desigualdades na distribuição da renda. A brasileira, se não o faz diretamente, ainda assim o faz, com idêntica eficácia³⁸

38 FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo; e o Direito Tributário com isso?. In: Humberto Ávila. (Org.). **Fundamentos do direito tributário**. 1ed. - Madri: Marcial Pons, 2012. p. 31.

A Constituição da República Federativa do Brasil não foi estruturada de forma irresponsável e inconsequente. Ao mesmo tempo que previu direitos e garantias, estipulou a sua forma de custeio. Faz isso de forma expressa e extensa, com uma série de dispositivos regendo a matéria da tributação e do financiamento das atividades de responsabilidade do Estado.

Sendo assim, não há uma opção do constituinte por efetivar um ou outro direito em detrimento de outro. Todos os direitos são importantes e estão na Constituição por motivos válidos. É evidente, mas ainda é necessário expressar, que direitos não deveriam ser suprimidos com o condão de efetivação de outros direitos, em uma espécie de priorização de direitos:

Não se deve esquecer que as demais dimensões de direitos fundamentais são limites adicionais ao Poder Público, que, em matéria tributário-financeira, não tem de observar apenas normas que dizem o que não fazer, ou como não arrecadar, mas também normas que determinam o que fazer, ou como (ou, mais propriamente, onde) gastar. Em outras palavras, as conquistas ligadas aos direitos sociais não representam retrocesso em relação aos direitos individuais, mas avanço destinado a garantir tais direitos a um maior número de pessoas. Por conta disso, em matéria tributária, não nos parece adequado para a promoção de direitos sociais que se ‘relativizem’ direitos individuais. Com efeito, uma coisa nem sempre levará à outra.³⁹

As despesas públicas não deveriam ser realizadas por um viés utilitarista, para se verificar como a aplicação da Constituição deve ser feita para agregar uma satisfação maior à população. Os direitos ali presentes devem ser efetivados e concretizados sem hesitação.

A Constituição deve ser respeitada de forma integral, sistemática, com especial atenção à sua carga axiológica, fazendo valer os seus objetivos e as suas previsões, norteando a atuação geral do Estado:

O que importa é, interpretação das superiores regras, princípios e garantias, que aparecem com maior ou menor nitidez em determinada Constituição, fazê -

39 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Tributação e direitos fundamentais. In: FOLMANN, Melissa (Org.). **Tributação e direitos fundamentais**. - Curitiba: Juruá, 2006. p. 175.

lo com observância da finalidade perseguida, de tal modo que se chegue a uma solução útil e compatível com o regime do Estado Democrático de Direito.⁴⁰

O Estado deverá impor seus esforços e sua atenção à efetivação de direitos, sejam fundamentais ou não, como forma de seguir a Constituição de forma integral, não parcial ou tendenciosa.

O artigo 86 da Constituição define como crimes de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra a Constituição e, especificamente, contra o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, bem como a probidade na administração, a lei orçamentária e o cumprimento das leis.

Esses crimes são definidos também pela lei 1.079/50. É tipificada a conduta de “violar patentemente qualquer direito ou garantia individual constante do art. 141”, que atualmente corresponde ao artigo 5º da Constituição.

Pode parecer radicalismo que o descumprimento de direitos fundamentais implique em crime de responsabilidade e seria possível iniciar um debate novo e completo ao redor de qual seria o alcance normativo desses tipos e qual seria a sua aplicação, mas apontar a existência desses artigos é suficiente para demonstrar o quão relevante é o exercício dos direitos fundamentais e quais podem ser as consequências do seu descumprimento.

2.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme definido pelo artigo 1º, III da Constituição Federal.

Em uma leitura contemporânea, pode-se afirmar que o referido princípio tem função informativa e permeia o ordenamento jurídico como um todo, orientando a interpretação e aplicação das normas.

40 NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. - Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 183.

É um dos direitos fundamentais, pois fundamental é o direito que “trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁴¹.

Não há, porém, um conteúdo predeterminado e englobado no princípio, nem mesmo um conceito uníssono. Luis Roberto Barroso afirma que a definição da dignidade da pessoa humana “varia, muitas vezes, em função das concepções políticas, filosóficas, ideológicas e religiosas do intérprete”⁴².

Enquanto a doutrina tende a criar definições amplas, dotadas da maior carga axiológica possível, a jurisprudência tende apenas a fazer referência ao princípio em casos concretos, constatando sua violação ou aplicabilidade. A título exemplificativo, apresenta-se o conceito trazido por Ingo Wolfgang Sarlet:

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴³

A doutrina costuma expor que o princípio da dignidade da pessoa humana tem um caráter duplo, composto por um dever positivo, do Estado prover todas as condições necessárias ao livre desenvolvimento do indivíduo, “propiciar os recursos materiais e morais para que todos possam desenvolver o seu potencial e desenvolver os atributos da personalidade”⁴⁴, e um dever negativo, de abstenção geral, em que ninguém poderia criar obstáculos ao mencionado desenvolvimento humano.

O fato de não existir uma definição precisa pode dar vazão à utilização indevida e indiscriminada, para justificar qualquer tipo de argumento que tenha aderência ao título.

41 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. – São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

42 BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 211.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60

44 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil** – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9

Assim, a sua utilização poderia ser meramente retórica ou simbólica, uma vez que abarcaria uma gama ilimitada de conteúdos possíveis. Por outro lado, a existência desse princípio é muito significativa tanto para o texto constitucional como para o sistema de garantias e direitos fundamentais como um todo.

Ainda que não se possa afirmar de maneira categórica o que é a dignidade da pessoa humana, é possível encontrar, por contraste, quais seriam as situações que levariam à indignidade.

Também é cabível o questionamento acerca de um conteúdo único. Não deveria haver dissociação entre o que uma vida digna deve ser no plano prático e no plano jurídico.

Não merece prosperar a alegação de que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma ficção jurídica e, portanto, deveria ter um significado próprio para a sua aplicação e distinto dos parâmetros sociais.

Não existiria uma dignidade mitigada na aplicação do direito, porque o que consubstancia o texto é, em verdade, uma vida humana real, que padece de diversas situações, que necessita de respeito e que merece atenção integral dos três poderes, desde a edição da legislação, passando pelas políticas para a sua execução e ao seu reconhecimento no Judiciário.

A dignidade da pessoa humana nunca poderá ser vista como um privilégio de poucos ou de alguém especificamente. Isso porque a dignidade é intrínseca à condição do ser humano e, portanto, deve ser respeitada por todos e para todos.

As situações em que alguém se “beneficiaria” do princípio da dignidade da pessoa humana são, na verdade, situações em que há uma disparidade tão grande ou uma violação tão grave que uma das partes teve a sua própria condição humana afetada, sendo que a correção dessa situação é tão somente uma medida de justiça, equilíbrio e restauração da igualdade em uma posição inicial.

2.1.1 DIREITO À SAÚDE

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre, em alguma medida, o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

É possível conceituar a saúde de diversas maneiras, dependendo de quão abrangente se entender o significado. A própria Constituição apresenta diversas características no artigo em análise.

Não bastaria reduzir o risco de doença, mas também é necessário promover, proteger e recuperar a saúde. O viés não é exclusivamente protetivo ou reativo, mas a tutela é completa.

Para definir “saúde” de maneira ampla, pode ser utilizado o critério adotado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”⁴⁵.

Essa afirmação é robusta e vai ao encontro da definição constitucional, uma vez que também visa uma integralidade de proteção. Além de não se tolerar as doenças ou enfermidades, almeja-se a completude.

O Estado deveria primeiramente preocupar-se em formular e manter boas e políticas públicas na área de saúde, que fossem adequadas e atentas às diversas necessidades da população pois se essas “fossem suficientes para efetivar a saúde sistêmica, desnecessárias seriam outras atividades/organismos com função reparadora da atuação/inércia estatal”⁴⁶.

A prevenção seria o primeiro aspecto a ser buscado. Primeiramente por uma questão humana: é muito mais desejável que os indivíduos não padeçam e não sofram com doenças e enfermidades. Em segundo lugar, os custos com prevenção, que podem envolver desde conscientização a formas de imunização prévia, podem ser menores que

45 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

46 SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 157

os custos com os tratamentos, que via de regra necessitarão de intervenções cirúrgicas ou tratamentos medicamentosos muito mais custosos.

Caso não seja possível prevenir, indubitavelmente caberia ao Estado ter políticas ainda mais eficientes para a recuperação de um estado de saúde completamente livre de quaisquer problemas, através de qualquer dos meios cientificamente hábeis para tanto.

Na hipótese de não haver uma prevenção ou reparação efetiva através das políticas públicas disponibilizadas pelo Poder Executivo, caberia ao titular do direito pleiteá-lo judicialmente.

As demandas que buscam tutela jurisdicional acerca da saúde não se limitam a um determinado ponto, sendo bastante abrangentes. Podem discutir, por exemplo, questões de concessão de medicamentos, tratamentos médicos clínico-hospitalares, atendimento médico, investimentos em estrutura e construção de hospitais.

Tem-se que a saúde, enquanto decorrência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é um direito subjetivo, o que significa dizer que “ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)”⁴⁷ e, portanto, quando há decisão judicial “compelindo a Administração Pública a fornecer gratuitamente um medicamento, cumpre o comando constitucional que assegura o direito à saúde e, portanto, o efetiva”⁴⁸.

Como visto, a Constituição estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado. Tal disposição evidencia que o Estado deverá efetivar o direito, mesmo que seja necessário fazê-lo através da tutela jurisdicional.

Com isso, é necessário que haja uma prestação efetiva e que esta ocorra em tempo hábil, para assegurar que a necessidade surgida não resulte em uma tragédia, eventualmente levando até mesmo, em quadros mais avançados, à morte do requerente:

47 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 178

48 BRAZ, Kailini Vasconcelos. MONTENEGRO, Sandra. Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial. In: GUEDES, Jefferson Carús; MAYRINK NEIVA, Juliana Sahione. **Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde: coletânea de artigos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010. p. 41

Cumpra relembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos. O que se pretende realçar, por ora, é que principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.⁴⁹

Nesse sentido, a Constituição assegura também a razoável duração do processo em âmbito judicial, no seu artigo 5º, LXXVIII. Em um caso como esse, a única razoabilidade é que a decisão seja proferida urgentemente, porque o resultado alternativo seria a morte do requerente, o que é plenamente inaceitável por todos os prismas imagináveis.

Em relação à composição da relação processual, o polo passivo pode ser composto tanto pela União, como pelos Estados e pelos Municípios, e as condenações frequentemente oneram os três entes, devido à solidariedade decorrente do artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil, por ser o Estado integralmente responsável pela garantia da saúde.

O direito à saúde é consagrado de forma sistemática na Constituição. O estabelecimento da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é o primeiro elemento desse sistema.

Em seguida, o artigo 3º da Constituição apresenta os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de todos.

Os direitos e garantias fundamentais são apresentados no artigo 5º, em que a Constituição garante aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida. Esses artigos têm relação direta quanto se trata do direito à saúde:

49 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 346

O direito à vida tem uma conformação muito mais ampla do que o de viver, mas viver com qualidade, o Estado oferecendo as condições necessárias. Para dar efetividade a este direito, sem dúvida, o Estado precisa oferecer condições para a realização dos direitos da cidadania, do respeito à dignidade da pessoa humana, mediante a instauração de uma sociedade livre, justa e solidária, além da erradicação da pobreza e da marginalização.⁵⁰

Não se trata de considerar os dispositivos ou os termos isoladamente. É necessário compreender que a Constituição consagra valores e direitos que são intimamente ligados, conectados de maneira indissociável.

O direito à vida é, sem sobra de dúvidas, relacionado ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana. Ao ler a Constituição como um todo, verifica-se que a vida deve ser plena, com a saúde integralmente assegurada e com respeito à dignidade inerente a cada ser humano.

O artigo 6º da Constituição finalmente apresenta o direito à saúde como um direito social e, posteriormente, no artigo 196, há a previsão de que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O conteúdo do artigo é amplo e pode ser analisado de forma mais profunda, conforme a explica Sérgio Pinto Martins:

A saúde é um direito de todos. Isso mostra quem são os titulares desse direito. É dever do Estado. Este é o responsável por adimplir as prestações de serviços relativos à saúde. O objetivo é reduzir os riscos com doenças. A saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. O direito à saúde é um direito fundamental do ser humano.⁵¹

A efetivação do direito à saúde demanda uma atuação ampla, uma vez que sua natureza é tríplice, voltada para promoção, proteção e recuperação da saúde.

50 ICHIHARA, Yoshiaki. Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade. In: FOLMANN, Melissa (Org.). **Tributação e direitos fundamentais**. - Curitiba: Juruá, 2006. p. 326.

51 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2008. p. 500.

Da mesma forma que o dever do Estado não exclui o dever de outras pessoas, o dever das outras pessoas não exclui o dever do Estado de prestar o direito à saúde. Não se pode admitir que essa seja uma forma de se eximir da responsabilidade, mas é desejável que haja uma cooperação para que todos colaborem para o bem de todos.

Em termos gerais e ideais, a saúde deveria ser assegurada de forma plena, pois a prevenção deve ser efetiva e, caso não fosse, existiriam os tratamentos adequados para assegurar a sua recuperação.

O direito em comento também deve ser assegurado a todos, de forma universal e igualitária:

É visível a preocupação em circunscrever o universo do direito-dever de forma difusa, de maneira a não revelar a incapacidade do Estado em proporcionar, não só a universalidade de atendimento, mas também o mesmo nível de qualidade aos habitantes de todos os quadrantes.⁵²

São vedados privilégios e discriminações de qualquer natureza, de maneira ampla pela Constituição. Independentemente de onde o indivíduo esteja, o atendimento integral de qualidade deve ser assegurado em todo o território nacional, incondicionalmente.

A Lei 8.080/90, em seu artigo 3º, apresenta um rol exemplificativo de determinantes e condicionantes da saúde, auxiliando na compreensão da abrangência do termo.

Tal artigo elenca a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Verifica-se, portanto, que para além das três vertentes de atuação da saúde (promoção, proteção e recuperação), existe um amplo feixe de questões que estão atreladas à saúde.

Afirmar que a saúde tem relação com todos esses pontos como determinantes e condicionantes é afirmar, em última análise, que realmente não se trata apenas da

52 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição federal**: de acordo com a Lei n. 8.212/91 e Lei n. 8.213/91. 2. ed. - São Paulo: LTr, 1992. p. 92.

existência ou não de doenças, mas sim de toda uma conjuntura que impacta diretamente na vida do indivíduo, e que tem impactos coletivos e sociais também.

É válida a reflexão de que, para que haja saúde, é necessário que as políticas públicas não estejam ligadas tão somente a tratamentos e medicamentos, mas a todos os aspectos da vida que possam ter alguma influência.

Isso acaba por alargar ainda mais a responsabilidade estatal em relação à saúde, uma vez que todos esses determinantes e condicionantes devem ser verificados nas políticas.

Talvez por se verificar esse tipo de alargamento, a discussão frequentemente chega às argumentações contrapostas da reserva do possível e do mínimo existencial, como forma de restringir ou pleitear os direitos, respectivamente.

2.1.2 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

O mínimo existencial é frequentemente definido como o mínimo de condições materiais indispensáveis à sobrevivência de um indivíduo. Alguns autores prosseguem e afirmam que o referido conceito não abrange somente o indispensável à sobrevivência, mas também todas as condições que assegurem adequadamente a vida em sociedade.

A reserva do possível encontra fundamento na impossibilidade financeira do Estado em arcar com o custo de todas as demandas propostas ou com o custo de todas as demandas que possam vir a ser propostas. É o reconhecimento fático de que a estrutura estatal não tem condições de prover toda a gama de direitos que deveria, tanto em âmbito constitucional quanto legal.

Há claramente um conflito de valores que são confrontados: por um lado, está a hígidez financeira do Estado, que tem seu orçamento bem definido anualmente e com uma série de restrições e controles legais para o exercício de suas atividades. De outro lado, está o indivíduo, que por muitas vezes está acometido por uma enfermidade suficientemente grave para ameaçar a continuidade de sua existência, e que necessita de

uma pronta prestação estatal para preservar sua dignidade, enquanto pessoa humana, e o seu mínimo existencial.

O embate, portanto, transcende da simples discussão estritamente legalista, pois envolve não somente uma perspectiva econômica, mas também a proteção daquele que deveria ser o principal bem juridicamente relevante, que é a vida.

O debate envolve extensivas discussões e análise de distintos pontos de vista, sendo possível encontrar produções sobre o tema que sintetizam, de forma enfática, as questões trazidas, como faz Nelson Rosenvald:

Em suma, a fim de que o princípio da dignidade da pessoa humana detenha real efetividade, não é suficiente que sua atuação seja restrita a uma dimensão defensiva de ‘último reduto’ de tutela de direitos fundamentais da pessoa. Essencial é que se instale um compromisso acerca de um conteúdo indisponível de bens essenciais e primários que não possam ser de maneira alguma alijados de qualquer ser humano, sob pena de imediato recurso ao Poder Judiciário, a fim de que o mínimo existencial seja imediatamente suprido. O acesso à saúde básica, ensino fundamental e assistência social – independentemente de contribuição previdenciária –, não se prende à fixação de políticas públicas ou opções democráticas do legislador, sendo portanto imune a questão da escassez de recursos. O núcleo da dignidade é aquele perímetro abaixo do qual deixamos de ser pessoas, posto conduzidos à condição desumana.⁵³

A discussão pode se aprofundar. Não se estabelece, *a priori* e de maneira definitiva, qual seria o mínimo existencial. Seria apenas assegurar a vida, mesmo que de maneira precária? Seria tão somente evitar a morte?

Em uma análise global da Constituição e do ordenamento jurídico, tais entendimentos não podem prevalecer. O sistema de direitos e garantias, bem como a própria estrutura da Constituição demonstram que é necessário muito mais.

Uma República que se funda na dignidade da pessoa humana não pode ter uma compreensão que a desconsidere completamente. O mínimo existencial, portanto, pressupõe ao menos uma vida digna.

Para além da simples vida com ausência de doenças, deveria idealmente existir a saúde plena, o acesso à educação, ao trabalho, à alimentação, a um meio ambiente

53 ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil** – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41

salubre e à moradia. Isso sem alargar demasiadamente o conceito, porque poderiam ser incluídos outros elementos como o lazer, o vestuário, por exemplo.

Por outra perspectiva, é fato que o Estado frequentemente enfrenta problemas financeiros que impedem uma atuação mais ampla. Tais problemas podem ser motivados por muitas questões, desde arrecadação insuficiente até desvios de dinheiro em esquemas complexos de corrupção.

Novamente, o Estado tem um dever constitucional. O seu não cumprimento resulta, de maneira direta ou indireta, em uma inconstitucionalidade. Não se pode admitir que um argumento como a reserva do possível seja aceitável como justificativa para que pessoas sejam condenadas à morte, pois esse frequentemente poderia ser o resultado prático dessa argumentação.

Por esses motivos, faz-se relevante a análise do tema através de diversas abordagens, com a finalidade de buscar, ao menos idealmente, uma solução adequada ao conflito demonstrado.

2.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO CUSTEIO DA SAÚDE

Apesar do direito à saúde estar espalhado em artigos da Constituição e em demais diplomas legais, pode-se afirmar que a sua base está majoritariamente situada na Constituição da República Federativa do Brasil entre os artigos 196 e 200.

O artigo 196, como já mencionado anteriormente, tem caráter mais programático, voltado à abrangência do direito à saúde, definindo-o 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 e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Da redação do referido artigo, pode-se concluir que o direito à saúde é universal enquanto direito de todos, oponível face ao Estado, que assume a função de garantidor.

Ainda, não é suficiente que os investimentos ocorram em caráter meramente reativo, após a ocorrência do problema, mas que haja esforços no sentido de criar políticas

públicas voltadas também à prevenção, reduzindo os danos de forma geral, com promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos.

O artigo 198, II da Constituição Federal ressalta essa necessidade, prevendo que as ações e serviços públicos de saúde devem ter como uma de suas diretrizes o “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

Ressalte-se que as atividades preventivas podem ser realizadas de maneiras distintas, inclusive por políticas de conscientização em determinados casos, reduzindo drasticamente os custos para o Estado.

Em relação ao custeio da saúde, deve-se fazer menção à Lei Complementar nº 141/2012, que trata, a partir de seu artigo 5º, dos recursos mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde.

Até 2016, tinha-se que a União deveria aplicar, anualmente, “montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, [...] acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual”, não podendo reduzir o valor nominal em caso de redução do Produto Interno Bruto.

Essa sistemática, apenas em relação à União, foi alterada com a Emenda Constitucional 95/2016, cujas mudanças serão abordadas em item separado no tópico seguinte.

Os estados deverão aplicar no mínimo “12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios”.

Isso significa dizer que os 12% incidirão sobre:

- A arrecadação dos impostos de sua competência (artigo 155, Constituição Federal);

- A sua parte na repartição das receitas tributárias previstas no artigo 157 da Constituição, sendo o “produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem” e 20% (vinte por cento) dos impostos de competência residual da União;

-O montante de 21,5% (vinte e um inteiros e cinco décimos por cento) do repasse da União referente a 49% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados (art. 159, I, “a”, Constituição Federal, sobre o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal);

-10% do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados (art. 159, II, Constituição Federal).

Os municípios deverão aplicar no mínimo “15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal”.

Especificando as receitas, os referidos 15% serão calculados sobre:

-A arrecadação dos impostos de sua competência (art. 156, Constituição Federal);

-A sua parte na repartição das receitas tributárias previstas no art. 158 da Constituição, sendo “o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem”. “cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados”, “cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios” e “vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação”;

-O montante de 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) do repasse da União referente a 49% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados (art. 159, I, “b”, Constituição Federal, sobre o Fundo de Participação dos Municípios);

-25% (vinte e cinco por cento) dos recursos recebidos pelos estados sobre os 10% repassados pela União sobre o produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados.

O Distrito Federal, por sua natureza diferenciada em relação aos demais entes, deverá aplicar no mínimo 12% (doze por cento) e 15% (quinze por cento) sobre a arrecadação que realiza em relação à competência estadual e municipal, respectivamente.

2.3 EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016

Os valores destinados à saúde passaram a ser discutidos com a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 241 (Câmara dos Deputados) ou nº 55/2016 (Senado).

O objetivo da proposta foi alterar os limites para o crescimento de despesas públicas, com efeitos em diversas áreas.

A PEC seguiu todas as formalidades do processo legislativo, com aprovação em dois turnos na Câmara dos Deputados e no Senado, e foi promulgada em 15 de dezembro de 2016, resultando na Emenda Constitucional nº 95.

Objetivamente, instituiu um Novo Regime Fiscal por vinte exercícios financeiros, com limites individualizados para despesas primárias.

Em relação à saúde, a Emenda Constitucional determinou, no artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que as aplicações mínimas para ações e serviços públicos de saúde fossem, no exercício de 2017, equivalentes “às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal”.

Significa dizer que a União deve aplicar ao menos 15% da receita corrente líquida do exercício financeiro anterior, corrigido anualmente pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), para o período de 12 meses.

Com isso, ocorre uma espécie de congelamento dos gastos, a partir do momento em que esse valor variará anualmente sobre um número já estabelecido, apenas corrigido pelo índice IPCA.

Em outras palavras, o valor mínimo de aplicação será calculado com base na correção do limite mínimo do ano anterior, utilizando como fator de correção o índice IPCA.

A Emenda Constitucional foi promulgada muito recentemente, o que impede fazer uma análise mais detalhada do seu impacto, possibilitando apenas a realização de ilações sobre o tema.

Primeiramente, é importante considerar que o Novo Regime Fiscal estipula que os gastos com saúde são meramente matemáticos, sem que haja qualquer outra variável envolvida.

Na prática, existem muitos fatores que podem interferir nos gastos públicos com um sistema universal de saúde, principalmente nos moldes estabelecidos pela Constituição brasileira.

Não se considera que uma epidemia pode alterar completamente a sistemática de investimentos necessários, ou que diferentes fatores podem gerar demandas elevadas e inesperadas.

A favor da medida estaria a argumentação de que são estabelecidos valores mínimos para o financiamento da saúde, não máximos, de forma que poderiam ser gerados créditos extraordinários para assegurar o direito quando necessário. Em que pese a ponderação tenha um fundo de viabilidade, quando se transfere para o aspecto prático e real da situação, levando em consideração a intenção desse ajuste, dificilmente qualquer esforço seria realizado para evitar um sucateamento da saúde pública.

Em sentido contrário, o que pode ocorrer é uma desestruturação do sistema único de saúde e um crescimento na privatização de tais serviços⁵⁴.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou um estudo sobre o tema, cujos resultados foram divulgados na Nota Técnica nº 28/2016, com o título de “Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil”⁵⁵.

No documento, apontaram como impactos a desvinculação das despesas da receita corrente líquida, a perda de recursos em relação às regras constitucionais anteriores de financiamento, a redução do gasto público per capita com saúde, a

54 MENDES, Áquilas Nogueira. A saúde pública brasileira num universo "sem mundo": a austeridade da Proposta de Emenda Constitucional 241/2016. In: **Cad. Saúde Pública**. 2016, vol.32, n.12. 2016. p. 2.

55 VIEIRA, Fabiola Sulpino. BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Nota Técnica n. 28: Os Impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT_n28_Disoc.pdf> Acesso em: 16 mai. 2017.

desobrigação de alocação de mais recursos no caso de crescimento econômico, o provável aumento das desigualdades no acesso à saúde e uma maior dificuldade para a efetivação do direito à saúde no Brasil.

O estudo apresenta uma simulação de como seriam os gastos atuais com a saúde se a fórmula de cálculo fosse aplicada a partir de 2003. Em 2015, o percentual do PIB destinado aos Serviço Único de Saúde foi de 1,69%, mas seria de apenas 1,01% na hipótese do Novo Regime Fiscal.

Também foi realizada uma projeção com diversos cenários possíveis de investimentos, tomando por base as estimativas de crescimento até 2036. Todos os cenários que envolveram o Projeto de Emenda Constitucional 241 (nos patamares de 0,84%, 1,01%, 1,22% e 1,48% do PIB) foram inferiores à projeção do cálculo pela metodologia vigente antes do congelamento (com 1,65%).

O estudo conclui que o congelamento dos recursos destinados à saúde pública partiria de um pressuposto errado de que o investimento atual é suficiente, além de não assegurar nem mesmo a qualidade atual durante o período de congelamento, uma vez que a população aumentará e a projeção é de que o número de idosos terá dobrado em vinte anos, ampliando as demandas relacionadas à saúde.

O cenário prospectivo, portanto, é de precarização do acesso à saúde. O Sistema Único de Saúde, que já não é suficiente para atender todas as demandas da maneira que deveria, vai passar por um possível período de encolhimento.

Uma das possíveis consequências é o aumento do setor privado, prejudicando de maneira irreparável os indivíduos que não têm condições econômicas de buscar um tratamento de saúde adequado.

Outra possível consequência é o aumento das demandas judiciais relacionadas à saúde. Se a Constituição estabelece apenas o piso de investimento e se esse piso não for suficiente para atender a todos os que necessitarem, da maneira que a própria Constituição prevê, parece previsível um grande aumento do número de indivíduos pleiteando o atendimento médico e cirúrgico, bem como a concessão de medicamentos.

O impacto econômico pode ser ainda maior, considerando que a perspectiva é de que haja um alto volume de processos judiciais e que em muitos desses casos haveria a concessão de justiça gratuita.

Assim, a própria Emenda Constitucional que visa restringir os gastos pode não apenas ter que manter os gastos através de condenações, mas também representar mais custos para o Estado, além de ter o potencial de gerar mais uma instabilidade institucional entre os poderes.

2.4 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Como visto, o artigo 196 da Constituição estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal, igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Isso significa que, para atender as determinações constitucionais, deverá o Poder Executivo efetivar políticas públicas, sociais e econômicas, voltadas tanto para a saúde em aspectos amplos, evitando a ocorrência de doenças, mas não se omitindo caso ocorram.

O objetivo é amplo. Não caberia, pela determinação expressa na Constituição, uma limitação com base em interesses distintos. Todos os cidadãos devem ter saúde plena, cabendo ao Estado o cumprimento desse dever.

O artigo 197 da Constituição estabelece como “de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

O artigo 198 da Constituição apresenta uma noção introdutória do Sistema Único de Saúde, ao dispor que “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”.

Os incisos do mencionado artigo apresentam as diretrizes do sistema único, que são (I) “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”; (II) “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”; (III) “participação da comunidade”.

As diretrizes possibilitam um alcance maior, com um controle específico e competências bem delimitadas, de forma que o sistema tenha maior abrangência territorial e funcional, uma vez que terá centros de direção em cada estado e município.

Ao mesmo tempo em que se gera distribui a atividade, a fortalece, sob o ponto de vista que todos os entes em diferentes âmbitos passam a ter atribuições. Além disso, colocar todos os estados e municípios com uma direção específica possibilita não apenas uma administração com maior alcance, mas um sistema de custeio e responsabilidade mais abrangente.

A diretriz do atendimento integral vai ao encontro direto do preconizado pela Constituição ao definir os aspectos que o direito à saúde deve cobrir, com a promoção, proteção e recuperação.

A participação da comunidade auxilia desonerando, em certa medida, o Estado, uma vez que o apoio comunitário pode gerar uma canalização dos recursos, com maior aproveitamento nos gastos em medicamentos, tratamentos especializados e pessoal capacitado.

A Lei 8.080/90 foi sancionada, conforme o seu artigo 1º, sob o condão de regular “em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”.

O Título I da referida lei estabelece disposições gerais, importantes para estabelecer um panorama geral acerca da saúde como direito e como dever.

Ao estabelecer que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”, o Artigo 2º da lei repete, em alguma extensão, a base constitucional, mas agora apresenta expressamente o tamanho do dever do Estado.

Ao utilizar a frase “condições indispensáveis ao seu pleno exercício”, a lei demonstra não aceitar qualquer doença ou qualquer mazela: todos devem ter pleno exercício da saúde, restando ao Estado nada menos que assegurar todas as condições que o indivíduo necessitar para tanto.

Se antes poderia se deduzir, através do texto constitucional, o quanto era função do Estado, agora fica claro que é necessário assegurar o pleno exercício do direito à saúde.

O parágrafo primeiro do artigo 2º repete parte do texto do artigo 196 da Constituição, em relação ao dever estatal, enquanto o parágrafo segundo estabelece uma espécie de coparticipação: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Nesse aspecto, o contrário também se mostra verdadeiro: o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade não exclui o dever do Estado. Jamais o texto legal poderá afastar o dever ou justificar eventual omissão verificada por parte da administração pública.

O artigo 3º lista os determinantes e condicionantes da saúde, em um rol exemplificativo (e não exaustivo), que seriam “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”.

O parágrafo único do artigo 3º também relaciona à saúde as ações destinadas à garantia do bem-estar físico, mental e social, tanto individual quanto da coletividade.

Verifica-se, novamente, que o direito à saúde é amplo e tem diversas vertentes que devem ser satisfeitas para se obter a sua plena efetivação, sem as quais haveria uma insuficiência.

O título II da lei ora em análise dispõe acerca do Sistema Único de Saúde, constituído como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, incluídas as “instituições públicas de controle e qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde” (Art. 4º, caput, e §1º).

O SUS não trata, portanto, apenas de prevenir doenças ou remediar os problemas que ocorrerem. A sua atuação é muito maior e envolve diversas etapas da cadeia produtiva, desde insumos, equipamentos, pesquisas até que se chegue às formas que normalmente se imagina quando o tema é abordado.

Os objetivos do Sistema Único de Saúde são elencados no artigo 5º da referida lei: (I) “a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde”; (II) “a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no §1º do art. 2º desta lei”; (III) a

assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”.

Através de tais objetivos, o Estado deverá cumprir o seu dever, haverá um diagnóstico mais preciso sobre o panorama da saúde e os indivíduos terão os seus direitos respeitados.

Interessante perceber como o escopo de atuação do SUS é amplo. O artigo 6º apresenta uma série de atividades de competência do referido Sistema, cuja variedade se justifica na necessidade de uma proteção completa dos indivíduos e da sociedade.

Nesse rol, estão previstos a execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral (inclusive farmacêutica); a participação em formulação de política e execução de ações relacionada as saneamento básico; recursos humanos na área da saúde; vigilância nutricional e orientação alimentar; colaboração na proteção do meio ambiente (inclusive o do trabalho); formulação da política de medicamentos, imunobiológicos, equipamentos e outros insumos relacionados à saúde, bem como participação em sua produção; fiscalização e controle de serviços produtos e substâncias de interesse para a saúde; inspeção e fiscalização de alimentos, água e bebidas para consumo humano; participação na fiscalização e controle da produção, guarda, transporte e utilização de produtos e substâncias psicoativas, tóxicas e radioativas, incremento do desenvolvimento científico e tecnológico; e formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

Existe também uma série de princípios que rege o Sistema Único de Saúde, além dos princípios gerais previstos pela Constituição. A lei em comento traz treze princípios, nos incisos do artigo 7º.

O acesso aos serviços de saúde deve ser assegurado a todos, universalmente, independentemente do nível de assistência. Esse princípio é diretamente relacionado aos mandamentos constitucionais, em que se coloca a saúde como direito de todos e assegura o acesso universal e igualitário às ações e serviços do sistema, com vedação a preconceitos e privilégios.

A assistência deve ser integral e em todos os níveis, o que denota que não basta que o SUS aja em uma única dimensão de prevenção ou de recuperação, mas sim em todos os aspectos possíveis.

Os indivíduos têm direito à informação e à preservação de sua autonomia para defesa da integridade física e moral. Esses aspectos não dizem respeito diretamente à saúde em si, mas são instrumentais para a sua efetivação.

O Sistema Único de Saúde deverá divulgar informações sobre o potencial dos serviços e a sua utilização, e recorrerá a epidemiologia para estabelecer prioridades e estabelecimento de recursos.

A questão dos recursos fica ainda mais acentuada após a Emenda Constitucional 95/2016. Isso porque, com o congelamento dos valores a serem investidos em saúde pela União, as projeções demonstram o declínio do investimento global diante de um aumento de demanda.

Assim, as políticas públicas deverão ser ainda mais eficientes para abarcar, em um primeiro contato, os casos definitivamente prioritários. A discussão sobre como ocorrerá a complementação da determinação constitucional de assistência integral à saúde é pertinente, mas por enquanto resta sem uma resposta definitiva.

Em relação à sua estrutura, terá uma descentralização político-administrativa, com direção em cada esfera de governo, com a participação da comunidade, conforme já exposto.

Os serviços públicos ofertados deverão ser organizados de tal forma que não haja duas maneiras de se chegar a um mesmo fim, com um claro aspecto de busca de eficiência.

O Sistema Único de Saúde está, inequivocamente, sob a estrutura do Poder Executivo, sendo suas incumbências de responsabilidade do Ministério da Saúde em âmbito da União e pelas secretarias de saúde (ou órgãos equivalentes) no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Brasil possui 5.570 municípios. Em consonância com o texto legal, deverão existir 5.570 secretarias municipais de saúde com atribuições decorrentes do Sistema Único de Saúde, assegurando que o direito possa ser efetivado em toda a extensão territorial do país.

A Lei 8.080/90 delega atribuições, de maneira comum, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos incisos do artigo 15. Basicamente, tais atribuições dizem respeito à administração dos recursos e organização do sistema, ao acompanhamento das condições de saúde, à fiscalização, à elaboração de diretrizes e

normativas, à elaboração de proposta orçamentária e à realização de pesquisas, estudos e projetos.

Logo adiante, a Lei 8.080/90 estabelece as competências da direção nacional, estadual e municipal do Sistema Único de Saúde. A direção nacional do SUS tem a competência estabelecida no artigo 16, a direção estadual tem as competências elencadas no artigo 17 e os municípios têm as suas atividades elencadas no artigo 18.

Em relação ao Distrito Federal, não há na lei um rol específico de competências, mas há um artigo explicando que este acumula tanto as atribuições dos Estados e dos Municípios.

Nota-se, ao longo de toda a lei 8.080/90, que o Poder Executivo tem uma série de deveres em relação à saúde. Tais deveres decorrem primariamente de uma previsão constitucional e são extensivamente mencionados no texto legal, porém sem o condão de exaurir os deveres do Estado.

Mesmo que a lei vise regulamentar as disposições constitucionais, não teria o poder (e nem a previsibilidade) de esgotar todas as situações em que seria necessária a atividade estatal.

2.5 FONTES ALTERNATIVAS DE CUSTEIO

Muito embora a Constituição não vede a utilização de fontes diversas para o financiamento do Sistema Único de Saúde, não estabelece quaisquer formas alternativas de custeio.

Como ponto de partida, o sistema deverá ser custeado com os recursos decorrentes do orçamento da seguridade social, em consonância com a receita estimada e os recursos necessários, observando as prioridades e metas determinadas na Lei de Diretrizes Orçamentárias⁵⁶.

Há a possibilidade de custeio do sistema através de outras fontes, conforme possibilidade aberta pela Constituição:

56 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2008. p. 502.

A Lei Maior dita regra que põe fim à antiga discussão sobre a natureza jurídica entre o benefício do atendimento médico e os organismos prestadores desses serviços. Isto é, a comunidade, global e individualmente considerada, deve participar colaborando na obtenção dos recursos. Na verdade, essa contribuição indireta, através de tributos, já existe; o que se pretende é prescrever uma contribuição pessoal e talvez uma patronal.⁵⁷

Dentre as tais fontes alternativas de financiamento, que auxiliariam no custeio do Sistema Único de saúde estariam elencadas as contribuições, doações e donativos; alienações patrimoniais e rendimentos de capital; taxas, multas emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do SUS; e rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais⁵⁸.

Ainda que apontada por alguns autores como uma possível solução, a instituição de taxas para o custeio da saúde é polêmica.

Isso porque, em um estado social, todos os contribuintes deveriam arcar com os custos da efetivação dos direitos, não apenas quem recebe de maneira direta os seus benefícios:

Para além disso, no estado social, que as actuais constituições consagram, há um conjunto de bens públicos, que embora os seus custos possam ser repartidos pelos correspondentes utentes, como os relativos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, ou seja, os relativos aos direitos que designamos por direitos sociais, o certo é que, por exigência das próprias constituições, esses direitos devem ser estendidos a todos os cidadãos, mesmo àqueles que não têm condições de os realizar através do funcionamento do mercado. Portanto, àqueles aos quais o mercado não oferece condições de saúde, educação, habitação, previdência social, etc. Todo um conjunto de bens, que não constituem bens públicos por natureza como os integrantes daquele primeiro grupo, mas apresentam-se antes como bens públicos por imposição constitucional. De facto é, por força de uma estrita exigência constitucional, que os custos com esses bens têm de ser suportados por todos os contribuintes, e não apenas por quem é seu destinatário.⁵⁹

57 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição federal**: de acordo com a Lei n. 8.212/91 e Lei n. 8.213/91. 2. ed. - São Paulo: LTr, 1992. p. 94.

58 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2008. p. 502.

59 NABAIS, José Casalta. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. v. 3. - Coimbra: Almedina, 2010. p. 119.

O conjunto de direitos e garantias fundamentais previsto pela Constituição deve alcançar todos os cidadãos e não apenas a parcela mais abastada e que tem condições de arcar com os seus custos.

Do contrário, seria no mínimo duvidoso e desnecessário que o texto constitucional elencasse direitos que poderiam ser concretizados tão somente por uma lógica de consumo tradicional.

A utilização indiscriminada das taxas para o custeio das atividades estatais pode ser vista como uma espécie (indesejada) de atentado à própria concepção de estado social:

Todavia, mesmo que este alargamento da figura das taxas (ou outros tributos) seja de aceitar – o que, além de discutível, requer uma mais sólida construção dogmática –, não se pode olvidar, para o que agora nos interessa, que tal figura, por mais amplo que seja o seu entendimento, não é susceptível de nos fornecer uma solução alternativa para o problema do actual estado fiscal, expresso na simultânea sobrecarga das tarefas do estado e na estagnação as receitas provenientes dos impostos. Desde logo, uma tal solução atentaria contra o sentido essencial do estado social⁶⁰

A título de comparação, em Portugal o sistema de saúde é custeado também pela utilização de taxas. A constituição de Portugal, no artigo 64, quando menciona o direito à proteção da saúde, afirma que sua efetivação se dará “Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”.

Com a utilização da palavra “tendencialmente”, criou-se a abertura para a cobrança dos serviços de saúde, culminando na criação das chamadas “taxas moderadoras”, regulamentadas pelo artigo 2º do Decreto-Lei 113/2011:

As prestações de saúde, cujos encargos sejam suportados pelo orçamento do SNS, implicam o pagamento de taxas moderadoras nos seguintes casos:

- a) Nas consultas nos prestadores de cuidados de saúde primários, no domicílio, nos hospitais e em outros estabelecimentos de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades convencionadas;
- b) Na realização de exames complementares de diagnóstico e terapêutica em serviços de saúde públicos ou privados, designadamente em entidades

⁶⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. - Coimbra: Almedina, 2004, p. 202.

convencionadas, com exceção dos efetuados em regime de internamento, no hospital de dia e no serviço de urgência para o qual haja referência pela rede de prestação de cuidados de saúde primários, pelo Centro de Atendimento do Serviço Nacional de Saúde ou pelo INEM;

c) Nos serviços de urgência hospitalar;

Em síntese, as taxas moderadoras podem ser cobradas para a realização de consultas, exames e serviços de urgência, abrangendo boa parte do serviço de saúde mensurável e divisível que é colocado à ampla disposição dos cidadãos pelo sistema nacional.

Para analisar melhor o exemplo português, mostra-se importante examinar mais profundamente o Decreto-Lei. Seu artigo 3º define que “As taxas moderadoras constantes da portaria prevista no número anterior não podem exceder um terço dos valores constantes da tabela de preços do SNS”, enquanto o seu artigo 5º estabelece diversas isenções para o pagamento das tais taxas moderadoras, considerando situações individuais transitórias e permanentes, bem como a situação económica do indivíduo. Há, ainda, uma série de hipóteses em que há a dispensa da cobrança das mencionadas taxas moderadoras.

A sua existência, portanto, não é proibitiva de acesso aos que não têm condições financeiras, porque esses indivíduos seriam isentos do seu pagamento.

As taxas moderadoras também não custeiam integralmente o valor dos serviços ofertados, mas apenas parcialmente. O Estado continua a subsidiar a maior parte desses recursos.

O modelo português é uma alternativa existente, que ao menos mostra ser possível encontrar alternativas para o custeio do Sistema Único de Saúde. Essas alternativas poderiam servir como uma das modalidades de financiamento, seja para reduzindo os valores parcialmente ou integralmente, como uma das tentativas de se incrementar o acesso à saúde e, principalmente, a qualidade e integralidade do que é ofertado.

Pela sua natureza jurídica, a taxa é relacionada diretamente a uma atividade estatal que deve ser específica, individual e divisível. Devido às suas características, a sua utilização no sistema único de saúde resultaria, em tese, na destinação correta dos recursos arrecadados, garantindo que os valores pagos pelos indivíduos seriam destinados

especificamente para as demandas realmente existentes, tendo em vista que a arrecadação ocorreria como reação à necessidade do contribuinte que buscou o serviço.

O fator psicológico também pode ser importante nesse aspecto. Ao ter um custo com a utilização dos serviços, o indivíduo pode deixar de procurar o auxílio médico em situações que não sejam sérias o suficiente para justificar um atendimento diferenciado.

Esse aspecto pode pender para os dois lados: pode resultar em uma economia com a não utilização em casos desnecessários, mas ao mesmo tempo, caso não se busque o auxílio especializado em um primeiro momento, pode resultar em custos ainda mais elevados se a enfermidade se agravar.

Em favor da instituição da taxa também estaria o fato de que ela não necessariamente deverá corresponder ao valor integral do serviço prestado pelo Estado, podendo ser apenas uma parcela do valor e, como no caso português, contando com várias possibilidades de isenção e dispensa de pagamento.

De qualquer forma, é necessário sempre analisar as possibilidades com muita atenção e com muita profundidade. Ainda que se apresente como uma possibilidade de financiamento alternativo, as taxas (ou qualquer outra solução) jamais podem representar entraves e obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais e, notadamente, do direito à saúde.

O sistema estabelecido pela Constituição deveria ser suficiente para custear o Sistema Único de Saúde, mas a realidade prática da administração dos valores tem se mostrado distinta.

A Emenda Constitucional 95/2016, porém, traz uma grande insegurança em relação à forma com que tais valores serão destinados para a saúde e se serão suficientes para arcar com todas as demandas.

Ainda que seja uma possibilidade em conformidade com o texto constitucional, a busca por fontes alternativas de custeio não pode ser apenas uma forma de fazer o dever do Estado recair diretamente sobre o cidadão, principalmente se o cidadão for aquele que necessita dessa prestação.

O Estado não pode se eximir de suas obrigações constitucionalmente estabelecidas através de quaisquer subterfúgios. O estabelecimento de modalidades

alternativas de custeio e financiamento do Sistema Único de Saúde devem ser vistas com cautela e com moderação.

É certo que se deve sempre buscar melhorias na efetivação dos direitos, mas é imprescindível que tais melhorias não sejam apenas uma roupagem para se negar direitos.

É necessário ter em mente sempre que todo o poder emana do povo e que a Constituição tem como objetivo a efetivação dos direitos que elenca.

Compreensão diversa levaria apenas a tornar a Constituição um conjunto de palavras vazias, o que não é desejável em um Estado Democrático de Direito. A Constituição deve ter sempre a sua força normativa e o seu significado respeitados, com vistas a se assegurar o melhor para a sociedade de maneira geral.

3 TRIBUNAIS E ORÇAMENTO

Ao longo da pesquisa, verificou-se que o direito à saúde deve ser assegurado pelo Estado, em suas diversas formas. Também foi constatado que o seu alcance é amplo e que a sua efetivação deve ser feita de forma integral.

Caberia primeiramente ao Poder Executivo criar e executar as políticas públicas que possibilitem a concretização dessa finalidade. Tais políticas devem ter um viés preventivo e, caso não resolvam, deverão possibilitar igualmente a recuperação de um estado de saúde plena.

Havendo omissão do Poder Executivo, o indivíduo muitas vezes buscará o apoio da tutela jurisdicional para ter o seu direito efetivado. Nesse caso, o Poder Judiciário passará a atuar em relação às políticas públicas que foram (ou deveriam ter sido) feitas pela administração pública.

Os próximos tópicos abordarão questões voltadas mais ao campo prático que ao campo teórico. Busca-se compreender um panorama da atuação dos tribunais, incluindo o Supremo Tribunal Federal, corte constitucional brasileira.

Também é feito um breve estudo acerca do orçamento brasileiro destinado à saúde, verificando inclusive quais seriam os impactos das condenações judiciais para os cofres públicos, uma vez que a frequente argumentação para não efetivação dos direitos é pautada pela reserva do possível e pela inexistência de recursos suficientes para o custeio completo do sistema.

3.1 FUNDAMENTOS DECISÓRIOS

Com a finalidade de verificar em qual sentido são proferidas as decisões judiciais sobre a questão da saúde, em qualquer dos seus âmbitos de aplicabilidade, foram analisadas decisões judiciais em âmbito nacional.

Não se busca encontrar um posicionamento pacífico nacional ou mesmo um parâmetro único, pois isso seria inviável para qualquer pesquisa, considerando a realidade do Judiciário e, particularmente, do Judiciário brasileiro.

Também não se busca, neste momento, um levantamento estatístico ou quantitativo de qualquer espécie.

O objetivo é ter uma noção, ainda que introdutória, de como o direito à saúde é entendido e aplicado em diferentes competências territoriais e em diferentes graus de jurisdição, através de julgados que representem diferentes linhas argumentativas.

A Constituição determina, no artigo 93, IX, que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Esse dever de fundamentação é imposto aos magistrados e também pelo Código de Processo Civil. Após as reformas realizadas no código em 2015, os juízes agora têm uma série de parâmetros obrigatórios que devem ser respeitados na fundamentação de uma decisão judicial, dispostos no artigo 489, §1º do código.

As decisões devem demonstrar a relação dos atos normativos com a causa, explicar o motivo concreto da aplicação de conceitos jurídicos, individualizar os motivos que justificam cada decisão, analisar todos os argumentos produzidos no processo que possam interferir na conclusão e identificar os fundamentos determinantes da utilização dos precedentes ou súmulas.

Além disso, eventual mudança de entendimento em relação a qualquer súmula, jurisprudência ou precedente apresentado pela parte deverá contar com a explicação de como os casos se distinguem ou com a exposição da superação de entendimento.

Com isso, através da fundamentação das decisões deveria ser possível compreender os motivos que levam à efetivação ou não dos direitos. Igualmente, deveria haver o detalhamento acerca da aplicação de conceitos jurídicos, de forma que questões como “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “dignidade da pessoa humana” não poderiam ser apenas alegados de maneira abstrata e sem indicação da sua subsunção exata ao caso.

Desse levantamento, constata-se que a fundamentação é pautada de maneira bastante acentuada por um dos vieses de argumentação. A discussão frequentemente

situa-se em torno do mínimo existencial e da reserva do possível, conceitos já apresentados e amplamente explorados na produção acadêmica atual.

Por trás dessas linhas discursivas, há um paralelo, ainda que velado, com o utilitarismo. Seu pressuposto é que as ações sejam tomadas considerando os benefícios trazidos ao maior número de pessoas possível, não qualificando o valor subjetivo dessas experiências, mas a quantificando o seu alcance.

Dessa forma, privilegia-se a coletividade e não as peculiaridades de cada caso. Significa dizer que a análise é muito mais voltada ao número de pessoas abrangido pelo orçamento, não pela matéria que está sendo discutida.

Esse raciocínio é utilizado no julgado abaixo transcrito, do Tribunal de Justiça do Paraná:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO "ZYTIGA 250MG (ACETATO DE ABIRATERONA)" A PORTADOR DE "CÂNCER DE PRÓSTATA METASTÁTICO PARA OSSO". REMÉDIO DE ALTO CUSTO PARA CÂNCER (VALOR EM TORNO DE R\$ 10.000,00). AUSÊNCIA NO CASO DE PRÉVIO ESGOTAMENTO OU DEMONSTRAÇÃO DE INSUCESSO NA UTILIZAÇÃO DE ALTERNATIVAS OFERECIDAS PELO SUS OU TRATAMENTOS DE EFICÁCIA COMPROVADA E EQUIVALENTE COM MENOR ONEROSIDADE PARA O ENTE PÚBLICO. QUESTÕES A SEREM DIRIMIDAS NO CURSO DA DEMANDA, COM INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

[...] Se um município pequeno for compelido a fornecer medicamentos de alto custo para toda a sua população (universalidade do SUS), suas finanças não resistirão, e aí o princípio que visa preservar a vida poderá ter consequências drásticas para outros cidadãos não atendidos, o que não se deseja. [...] A vida não tem preço. Mas as políticas públicas existentes devem ser observadas (princípio da isonomia), embora haja solidariedade dos entes federados no atendimento ao dever de prestar saúde aos cidadãos brasileiros. Sob pena de esgotar-se o orçamento de um pequeno município --- que no caso tem pouco mais de 5.000 habitantes --- no atendimento de uma ou poucas pessoas, em detrimento da maior parcela de sua população.

(TJ-PR - AI: 14541536 PR 1454153-6 (Acórdão), Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 22/03/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1779 13/04/2016)

A utilização dessa linha de raciocínio pretensamente consideraria os bens jurídicos que serão afetados pela decisão, porém ao optar pela não concessão, ignora o amparo concedido de maneira legal ou constitucional a determinados temas, em prol de questões de eficiência.

A fundamentação afirma que o direito à vida não tem preço, mas opta por indeferir o pedido porque o medicamento pleiteado para o tratamento de câncer é muito custoso.

Traçando um paralelo, o que a decisão faz é estipular que, se aquele tratamento para recuperar a saúde daquele indivíduo custar R\$10.000,00, não poderá ser atendido. Embora a vida não tenha preço, o alto custo do tratamento impediria o sujeito de continuar com a sua vida.

Ao mesmo tempo, a fundamentação também se expande ao fato de que o município em análise teria apenas 5.000 habitantes, portanto contaria com um orçamento pequeno, e que os eventuais R\$10.000,00 deveriam ser utilizados para o atendimento de uma maior parcela da população.

A decisão não considera qual seria a destinação desse valor. Enquanto o medicamento pleiteado é para o tratamento de câncer, uma doença comumente agressiva e potencialmente fatal, o valor em questão poderia acabar sendo utilizado, em um exemplo extremo, no orçamento municipal de saúde para gastos com comunicação ou mesmo para obtenção de medicamentos que visam apenas a amenização de sintomas ao invés da cura efetiva de enfermidades.

Embora a decisão contemple, em abstrato, o valor que está sendo pleiteado, não possui elementos fáticos minimamente viáveis para trabalhar com a perspectiva de que os recursos seriam melhor alocados no caso de não deferimento do requerimento formulado.

De igual forma, o Sistema Único de Saúde se pauta pela universalidade de atendimento, devendo, em tese, abarcar todas as situações em que os cidadãos necessitam de questões relacionadas à saúde.

Em outro espectro, considere-se um cenário em que um indivíduo ajuíza uma ação pleiteando um tratamento médico de urgência, por estar com uma situação de saúde bastante debilitada, com risco de ocorrer o óbito. O único tratamento disponível não é previsto pela abrangência do rol de tratamentos providos pelo Sistema Único de Saúde, mas não há dúvidas de que, pelo estado atual da ciência médica, não há alternativa para tratar (e efetivamente curar) a doença.

O julgado abaixo colacionado, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, aborda essa temática:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO. PACIENTE COM NEOPLASIA DE MAMA. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. ABRANGÊNCIA DAS TRÊS ESFERAS DA FEDERAÇÃO. SOLIDARIEDADE. MANUTENÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

[...]Quanto à ingerência indevida do Poder Judiciário nas decisões políticas acerca da alocação de recursos escassos dentro da esfera da Administração Pública, as ponderações feitas na inicial demonstram tão-somente a preocupação excessiva da União com a face econômica e os gastos resultantes da medicação fornecida, em detrimento do valor "vida". 4. Não há, com o deferimento judicial desta medida, qualquer afronta aos princípios da impessoalidade e isonomia, tampouco o risco de ocasionar efeitos nefastos para os demais beneficiários do serviço público de saúde. Afinal, incorreu uma interpretação casuística para beneficiar a autora em contraposição a toda uma coletividade, mas se declarou dentro de um conflito de interesses pontual a existência de um dos direitos fundamentais dessa mesma sociedade, a saber, o gozo da saúde. [...] O Sistema Único de Saúde tem por objetivo a integralidade da assistência à saúde, seja ela individual ou coletiva, devendo atender a todos que dela necessitam, independentemente do grau de complexidade. Ao comprovar o acometimento da paciente por determinada enfermidade e, precisando ela de medicamento urgente para debelar ou minorar seus gravames, este deve ser fornecido, de maneira a garantir a dignidade da vida humana.

(TRF-5 - AGTR: 101992 RN 0098819-78.2009.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 18/03/2010, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 24/03/2010 - Página: 162 - Ano: 2010)

Existem várias formas para analisar essa situação. Uma delas é através da perspectiva individual, atenta às peculiaridades do caso, considerando a vida como valor maior do ordenamento jurídico e o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Considerar-se-ia, nessa hipótese, a indispensabilidade do tratamento para conservar a vida do requerente e, portanto, seria lógico deferir o pleito judicial.

Por outra perspectiva, a análise recairia no custo elevado do tratamento ou no conjunto normativo que embasasse a possível concessão. O ponto não seria exclusivamente o alto valor, mas o fato de que a concessão desse tratamento a uma pessoa iria privar muitas pessoas de terem um tratamento de custo menor. A lógica seria, portanto, de preservar a saúde de um número maior de pessoas, ainda que um indivíduo perdesse a vida por causa disso.

Os dois casos são opostos em seu desfecho. Enquanto o primeiro veda o acesso à saúde com base em restrições orçamentárias, o segundo faz exatamente o oposto

e concede o medicamento independentemente da argumentação tecida pela União em relação aos escassos recursos econômicos.

É interessante reparar como dois julgados podem ter resultados completamente distintos partindo de uma mesma premissa, que é a efetivação do direito à saúde.

A fundamentação do primeiro julgado o magistrado faz questão de afirmar que reconhece o valor elevado e sem paralelos do direito à vida, utiliza uma eventual restrição orçamentária para justificar a não concessão do tratamento, assim como uma eventual priorização do direito de mais pessoas em detrimento do direito de uma única pessoa.

Esse julgamento passa por aspectos mais morais que jurídicos. Quando trata de saúde, nem a Constituição e nem a lei que rege o Sistema Único de Saúde estabelecem que deve ser dado atendimento ao maior número de pessoas possíveis ou ainda tão somente ao número de pessoas que as reservas orçamentárias autorizarem.

Em realidade, o que ocorre é justamente o contrário. Quando se fala de direito à saúde, ocorre o seu estabelecimento como direito de todos, devendo haver acesso universal e indiscriminado.

No segundo julgado, a fundamentação é diametralmente oposta à primeira, no que tange à efetivação do direito. Afirma-se justamente que o dever do Estado não está legalmente restrito a questões de ordem prática, que não poderiam ser opostas ao cidadão que depende dessa prestação.

3.2 ANÁLISES DE CASO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

Os fundamentos decisórios utilizados em sentidos contrários, apontados no tópico anterior, são visualizados de forma mais concreta na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A escolha destes tribunais especificamente ocorreu após uma pesquisa preliminar, que demonstrou a existência de um grande número de decisões repetidas no acervo jurisprudencial dos tribunais em comento.

Neste momento, a proposta é de analisar tão somente os fundamentos das decisões proferidas pelos tribunais, não o resultado final da demanda. Optou-se por essa abordagem devido ao fato de que, por vezes, o julgado apresenta uma linha de raciocínio, porém a decisão pode se dar em sentido contrário, como no caso de irreversibilidade de uma medida anteriormente deferida.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem uma série de decisões⁶¹ que utilizam o mesmo enunciado em suas ementas, conforme se demonstra no julgado abaixo, a título exemplificativo:

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO. SOLIDARIEDADE. DISPONIBILIDADE. IRREVERSIBILIDADE.

1. Há solidariedade entre a União, os Estados e os Municípios na prestação dos serviços de saúde. Jurisprudência pacífica do TJ/RS.

2. A prestação do serviço de saúde está subordinada à disponibilidade dos serviços dentro do Sistema Único de Saúde, segundo o fluxo pré-estabelecido pelo órgão gestor. A execução do serviço sem consideração da ordenação estabelecida administrativamente importa a quebra da garantia constitucional a todos do acesso universal e igualitário aos serviços. Contudo, a liminar foi deferida há quase um ano, tomando a tutela irreversível.

Negado seguimento ao recurso.

(Apelação Cível Nº 70057757098, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relatora: Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 15/12/2013)

O inteiro teor das decisões revela mais do raciocínio aplicado. Em tais julgamentos, a magistrada fundamenta repetitivamente as decisões proferidas com a seguinte argumentação:

A prestação do serviço requerido está subordinada à disponibilidade, segundo o fluxo pré-estabelecido pelas Coordenadorias Regionais de Saúde, de acordo com as normas regulamentares do SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. O direito à saúde destina-se a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social. Mas, como todo direito fundamental (de liberdade ou não) não é absoluto, estando

61 No mesmo sentido, e escolhidas para fins de amostragem, foram proferidas decisões semelhantes nos seguintes processos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: 70057870636, 70057774630, 70057792400, 70057704579, 70057708950, 70057680100, 70057615247, 70057683112, 70057613655, 70057441958, 70057405797, 70057490096, 70057398059, 70057391518, 70057310278, 70057448268, 70057260820, 70057235327, 70057175291, 70057181224.

seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente.

Trata-se de direito que exige alocação de recursos segundo escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Conseqüentemente, o serviço há de ser prestado, observados a data e o local designados pelo órgão administrativo competente e não imediatamente.

Outros usuários do SUS aguardam, também, a realização do serviço. A solução dos conflitos, portanto, não se reduz ao reconhecimento abstrato do direito à saúde e do dever correlato de prestação do Estado, independentemente da relação com os demais membros da coletividade. Não se pode esquecer que uma das metas é a busca da equidade na saúde, ou seja, a ausência de diferenças injustas, evitáveis e desnecessárias.

A ordem judicial de realização imediata do serviço, sem levar em conta a ordenação estabelecida, importa quebra da garantia constitucional que assegura a todos o acesso universal igualitário aos serviços de saúde (art. 196). Isso porque não leva em conta todas as pessoas que estão aguardando na fila o atendimento.

Desrespeita-se, assim, o direito da coletividade a um sistema igualitário e universal. Aliás, se, eventualmente, o Poder Judiciário emitisse ordem semelhante a presente a todos que esperam a realização de exames e cirurgias, ainda assim, seria imperiosa a elaboração de nova lista, ante a impossibilidade fática de atendimento ao mesmo tempo de todos. Por isso, o atendimento imediato de um importa o adiamento do atendimento de outrem, sem que tal leve em conta sua situação concreta.

O Juiz, ao apreciar tal questão, não pode "interpretar o direito à saúde como um direito individual ilimitado a todo e qualquer tratamento, procedimento ou medicamento".

Conseqüentemente, não cabe a determinação da prestação do serviço sem atentar ao fluxo da Administração Pública.

Essa fundamentação prioriza a divisão de competências e a separação de poderes em detrimento do direito à vida. Mais do que isso, prioriza a burocracia estatal, que estabelece um fluxo predeterminado de serviços que deveria ser respeitado.

A argumentação recai novamente na inexistência de recursos para o atendimento integral, na observância do bem de todos da comunidade e no sucateamento do Sistema Único de Saúde.

Apesar da fundamentação afirmar que o direito à vida é um direito fundamental não é absoluto, coloca como absolutas as designações do SUS, ainda que o tratamento demore para ser concedido.

A decisão reconhece, com todas as palavras, a ineficiência do Sistema Único de Saúde, que não tem condições de atender a todos e que, quando faz, demora para fazê-lo.

Ainda, desconsidera que eventuais tratamentos são mais urgentes que outros, considerando que o fluxo estabelecido pelo SUS deve ser respeitado sem questionamentos.

A preocupação maior é que a saúde não é algo matemático ou exato. Os agravos decorrentes dos problemas de saúde podem ser instantâneos e fatais, sem que se possa esperar pela burocracia da administração pública para resolver um problema.

Relembre-se que quando se trata da efetivação desse direito, a resposta tardia por vezes pode resultar em sequelas que acompanharão o indivíduo pelo resto da sua existência.

Ou, em um cenário ainda pior, a resposta tardia pode nem mesmo vir a acontecer, devido ao caráter de urgência existente em muitos dos tratamentos judicialmente pleiteados.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem decidido de maneira bastante diferente em uma quantidade significativa de julgados⁶², como se depreende do julgado paradigma abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - DEFERIMENTO - MEDICAMENTO - ETANERCEPTE - PACIENTE PORTADOR DE PSORÍASE DIFUSA DE GRAU AVANÇADO - HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA - DECISÃO REFORMADA. O art. 196 da CR/88, ao dispor que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", consagrou a saúde como um direito fundamental, devendo, o Poder Público, buscar os meios necessários a efetivá-lo. Deve ser reformada a decisão interlocutória que deixa de impor ao ente público o fornecimento de medicamento à parte que comprova a necessidade decorrente de grave enfermidade e a impossibilidade de arcar com o custeio do fármaco.

(Agravado de Instrumento 1.0183.13.003665-4, 5ª CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Desembargador Luís Carlos Gambogi, Data de Julgamento: 18/07/2013)

A análise do inteiro teor dessas decisões revela que seu raciocínio é inicialmente semelhante, mas diverge a partir de determinado momento e resulta em uma conclusão diferente.

Inicialmente, o magistrado chega a mencionar a reserva do possível como um possível impeditivo para a efetivação do direito, porém faz uma rápida mudança de curso

62 No mesmo sentido, e escolhidas para fins de amostragem, foram proferidas decisões semelhantes nos seguintes processos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: 1.0480.13.004415-3, 1.0521.13.003857-8, 1.0431.13.001425-8, 1.0024.13.121395-1, 1.0461.13.001466-9, 1.0481.13.002329-6, 1.0026.13.003737-2, 1.0280.13.003664-1, 1.0105.13.020354-7, 1.0223.13.014282-9, 1.0056.13.012507-5, 1.0056.13.014110-6, 1.0625.13.003821-3, 1.0699.13.011778-0, 1.0647.13.014510-3, 1.0040.13.014244-7, 1.0520.13.003951-1, 1.0223.13.023865-0, 1.0223.13.025666-0, 1.0040.13.014217-3.

afirmando que, independentemente da reserva do possível, deverá o Estado garantir o mínimo existencial:

O art. 196 da CR/88, ao dispor que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", consagrou a saúde como um direito fundamental, devendo o Poder Público buscar os meios necessários a efetivá-lo.

Neste ínterim, o direito à saúde demanda prestações positivas do Estado, o que implica a alocação de recursos para a sua efetivação.

O Supremo Tribunal Federal consolidou a tese de que o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição da República, é dever do Estado, o que o obriga ao fornecimento de tratamento médico adequado e dos fármacos incluídos na cláusula da reserva do possível.

Contudo, o Pretório Excelso ressaltou que a reserva do possível não tem o condão de impedir a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual deve, o Poder Público, garantir o "mínimo existencial" assegurado pelas normas constitucionais.

Diante do que foi dito, entendo que o Poder Público não pode se furtar de auxiliar o cidadão que comprova a necessidade do medicamento e a impossibilidade de adquiri-lo, por seus próprios meios, pelo argumento de escassez de recursos, quando a medida requerida revela-se necessária ao mínimo existencial, como sói ocorrer no caso em análise.

Ao comparar os posicionamentos jurisprudenciais, é possível observar que ambos partem de uma premissa semelhante, defendendo que o direito à saúde seria, em alguma medida, "limitado" pela reserva do possível e pelos "recursos escassos". A semelhança se encerra nesse ponto e, a partir de então, os julgados trilham caminhos distintos.

As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seguem o entendimento de que o direito à saúde não seria absoluto e, portanto, está sujeito à "alocação de recursos segundo escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas", considerando o bem de toda a comunidade em detrimento do bem de um indivíduo isolado.

Em contraponto, os julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais seguem por linha distinta, pois considera que a reserva do possível não pode obstaculizar que seja assegurado o mínimo existencial. A escassez de recursos e uma eventual "escolha trágica" não caberia para afastar a aplicação do direito fundamental à saúde quando o que estivesse em discussão fosse, em linhas gerais, a sobrevivência do indivíduo.

O primeiro entendimento pauta-se pelo raciocínio utilitarista, enquanto o segundo pondera a eficiência e necessidade do tratamento para o requerente, como explicado anteriormente.

Nenhuma das fundamentações reveste o direito à saúde de um caráter absoluto ou verdadeiramente universal, porém o Tribunal de Justiça de Minas Gerais coloca como absoluta a garantia do mínimo existencial.

Nesse sentido, os julgados não definem expressamente qual seria o conteúdo do mínimo existencial, mas deixam claro que o direito à saúde está incluído dentro desse conceito, uma vez que a sua efetivação é necessária ao mínimo existencial.

Os impactos que as decisões têm no orçamento podem ser analisados através da dotação orçamentária destinada ao cumprimento de decisões judiciais na área da saúde e, como a maior parte das decisões mencionadas foram proferidas no ano de 2013, optou-se por realizar a análise orçamentária referente à Lei Orçamentária de 2014, em que os impactos estariam presentes.

A Lei Orçamentária Anual de 2014 em Minas Gerais dotou R\$ 223.500.000 (duzentos e vinte e três milhões e quinhentos mil reais) para sentenças judiciais, especificadamente para “ATENDER AS DEMANDAS JUDICIAIS VISANDO FORNECER ASSISTÊNCIA INTEGRAL PARA ATENDER CASOS INDIVIDUALIZADOS, EM TODOS OS NÍVEIS DE COMPLEXIDADE, COMPROVADA A NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS, INSUMOS, PROCEDIMENTOS E OUTROS SERVIÇOS DE SAÚDE PARA A GARANTIA DE VIDA DO PACIENTE”⁶³.

No Rio Grande do Sul, a Lei Orçamentária Anual de 2014 destinou R\$ 210.200.000 (duzentos e dez milhões e duzentos mil reais) para gerenciamento de ações judiciais, com a especificação de “Cumprir as determinações judiciais para atendimento das demandas de medicamentos, órteses, próteses, entre outros materiais relativos à área da saúde”⁶⁴.

63 MINAS GERAIS. **Lei Orçamentária Anual de 2014**. Volume II-A. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.mg.gov.br/images/documentos/loa_lei_orcamentaria_anual/loa_2014/2014_Volume_IIA_LOA_p%C3%B3s_emenda_-_com_capa.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

64 RIO GRANDE DO SUL. **Lei Orçamentária Anual de 2014**. Volume I. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://planejamento.rs.gov.br/upload/arquivos/201601/07114825-volumei-2014.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

Embora os valores absolutos sejam valores próximos, há outros dois fatores importantes a se considerar neste aspecto: o orçamento do Estado de Minas Gerais é maior e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul recebe um número superior de processos anualmente.

Apenas a título de exemplificação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais teve 284.287 (duzentos e oitenta e quatro mil, duzentos e oitenta e sete) feitos distribuídos em 2013⁶⁵ enquanto, no mesmo período, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve 333.621 (trezentos e trinta e três mil, seiscentos e vinte e um)⁶⁶.

Tais dados não dizem respeito especificamente aos casos relacionados a saúde, mas ao número geral de processos que chegam ao segundo grau e, com isso, resta prejudicada uma comparação mais detida.

Ainda assim, é possível concluir dos casos elencados que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que há maior litigância, a jurisprudência que utiliza a reserva do possível como espécie de “freio” aos gastos com saúde, devido à alegada escassez de recursos, alcança seu objetivo. Existem mais processos, porém o gasto com condenações sobre saúde é menor.

Por outro lado, uma análise possível para abordar a questão da reserva do possível é a da proporção de dotação orçamentária às condenações judiciais em matéria de saúde em relação ao total do orçamento.

Em Minas Gerais, a Lei Orçamentária Anual de 2014 (Lei nº 21.148 de 15/01/2014) estimou as despesas do referido estado em R\$75.016.225.348,00 (setenta e cinco bilhões dezesesseis milhões duzentos e vinte e cinco mil trezentos e quarenta e oito reais).

O valor estimado com despesas na Lei Orçamentária Anual de 2014 no Rio Grande do Sul foi de R\$ 51.019.832.487,00 (cinquenta e um bilhões, dezenove milhões, oitocentos e trinta e dois mil, quatrocentos e oitenta e sete reais).

65 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **TJMG divulga dados da movimentação processual de 2013**. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/tjmg-divulga-dados-da-movimentacao-processual-de-2013.htm>>. Acesso em 16 mai. 2017.

66 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Relatórios Estatísticos. Relatório Anual Dois Mil e Treze**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2013/RA_2013_TJRGS/pdf/Relatorio_2013_09_Relatorios_Estatisticos.pdf>. Acesso em 16 mai. 2017.

Significa dizer, portanto, que a despesa com as sentenças condenatórias no Rio Grande do Sul correspondeu a 0,41%, enquanto em Minas Gerais foi de 0,29% do orçamento total.

Uma análise de tais números poderia levar ao raciocínio hipotético de que, com um orçamento menor, o Judiciário do Rio Grande do Sul tivesse substrato fático para alegar a reserva do possível como um óbice para o deferimento das medidas judiciais em matéria de saúde e que, mesmo dessa forma, o seu gasto proporcional com essas condenações seria maior que o de outros estados.

Por outro lado, pode-se alegar o contrário também. Eventualmente, uma insuficiência das políticas públicas de saúde formuladas pelo governo do Rio Grande do Sul poderia levar a um aumento de litigância, consequentemente gerando um valor maior de condenações judiciais.

Nesse mesmo sentido, uma hipótese possível seria de que o governo de Minas Gerais agiria de maneira mais eficiente em suas políticas públicas, resultando em menos litigância e em menos condenações pelo descumprimento de questões relacionadas ao direito à saúde.

Tais análises levam em consideração cenários hipotéticos. A análise dos números, isoladamente, pode dar margem a múltiplas interpretações, sem que se chegue a uma conclusão final e definitiva sobre o que representam na realidade da atuação judiciária e administrativa.

As conclusões hipotéticas auxiliam, porém, a refletir sobre o tema e imaginar quais são os contornos que as relações políticas e jurídicas geram na sociedade de maneira geral.

3.3 ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Primeiramente, um dos principais tópicos em discussão quando se trata da concessão judicial de questões concernentes à saúde é a interferência do Poder Judiciário em uma esfera de competência que, *a priori*, não seria a sua.

Como visto anteriormente, o Poder Executivo tem o dever constitucional, extensivamente detalhado na Lei 8.080/90 (que institui o Sistema Único de Saúde – SUS), de assegurar a saúde de todos.

Discussões frequentemente são desenvolvidas acerca de uma eventual intervenção indevida do Poder Judiciário na atividade de produzir e executar as políticas públicas por parte do Poder Executivo, em violação a um estabelecimento de competências fundado tanto na lei, quanto na Constituição.

Essa temática de discussão está no centro das controvérsias acerca não apenas da judicialização da política, mas, também, em certa medida, dos contornos do ativismo judicial.

Julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal, como a decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 947823/RS, fazem questão de eliminar qualquer possível controvérsia nesse sentido desde o início, com uma afirmação incisiva de que a interferência do Poder Judiciário não configura violação ao princípio da separação dos poderes:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FORNECIMENTO DE ALIMENTO ESPECIAL A CRIANÇA PORTADORA DE FENILCETONÚRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 855.178-RG. VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE FORNECIMENTO DO ALIMENTO PLEITEADO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. 1. **É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde.** 2. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. Para se chegar a conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, quanto à necessidade, ou não, do fornecimento do alimento especial pleiteado, seria necessário o reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 947823 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 06-10-2016 PUBLIC 07-10-2016) (grifo nosso)

É importante ressaltar um aspecto essencial que não necessariamente invalida a linhagem argumentativa, mas pode conduzir a uma reflexão mais aprofundada em

momentos distintos: quando o Supremo Tribunal Federal afirma que o Poder Judiciário pode fazê-lo sem violar o princípio da separação dos poderes, é em última análise o próprio Poder Judiciário concedendo poder a si mesmo.

O fato é que o controle de constitucionalidade é uma das competências do Poder Judiciário, assim como a invalidação de leis e a análise das controvérsias que chegam à sua apreciação.

Não se pode afirmar, pelo simples fato da sua ocorrência, que qualquer dessas modalidades seria uma ingerência indevida do Poder Judiciário na atividade do Poder Executivo.

O julgado mencionado afirma que é possível determinar judicialmente a implementação das políticas públicas na matéria de saúde. Uma vez que tais políticas já existam, exigir a sua execução definitivamente não pode ser visto como uma interferência que afete a separação dos poderes.

Porém, podem surgir nesse ponto duas situações distintas: a política pode existir com contornos diferentes dos determinados em decisão judicial ou então a política pode não existir em absoluto.

Vários entendimentos podem ocorrer a partir desses cenários.

Existindo a política pública em relação à saúde, mas com contornos distintos, uma argumentação pode levar a crer que está havendo ativismo judicial e violação da separação dos poderes, na medida em que se estaria utilizando um meio legítimo ao acionar o Judiciário para alcançar uma finalidade indevida, que seria uma atividade praticamente administrativa do magistrado.

Esse raciocínio não representa necessariamente uma inconstitucionalidade, uma vez que o direito à saúde é garantido na Constituição de forma plena e incondicionada, sendo possível deduzir que o magistrado estaria apenas atuando no sentido de executar o mandamento constitucional.

O problema surge (ou adquire maiores proporções) quando uma política pública inteira de acesso à saúde é planejada, moldada e executada pelo Poder Judiciário através de uma decisão, em inequívoca usurpação de competência. O mesmo ocorreria, salvo melhor juízo, com a alteração dos contornos de uma política pública já existente e estabelecida.

Seria um caso claro de uma função política sendo exercida de maneira desviada como função judicial, utilizando-se de um local equivocado, de um conhecimento não especializado e de procedimentos que não seriam os previstos pelo ordenamento jurídico.

Controvérsia à parte, e passando aos pontos concernentes ao direito à saúde em si, os julgados trazem muitos indícios acerca de quais seriam os parâmetros da Corte para a efetivação do mencionado direito.

Algo pacífico, mencionado reiteradamente nos julgados do Supremo Tribunal Federal, é que os entes federativos têm uma obrigação solidária no dever de fornecimento de tratamentos e medicamentos para pessoas hipossuficientes, podendo ser pleiteado tanto da União quanto dos Estados, Distrito Federal ou Municípios⁶⁷.

Ressalte-se que os julgados frequentemente mostram a imprescindibilidade acerca da concessão a pessoas hipossuficientes. Os julgados a seguir afirmam expressamente como dever do Estado o fornecimento “aos menos afortunados” e a necessidade de “preservação da saúde de pessoas carentes”:

SAÚDE – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde.

(RE 887734 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 09-09-2015 PUBLIC 10-09-2015)

PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE

⁶⁷ Nesse sentido são as decisões proferidas nos autos RE 892590 AgR, RE 953711 AgR, ARE 947823 AgR, ARE 894085 AgR, RE 831385 AgR, RE 818572 AgR, AI 822882 AgR, ARE 803274 AgR, RE 716777 AgR, RE 724292 AgR.

AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
(RE 716777 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2013 PUBLIC 16-05-2013)

Não se nega que as pessoas carentes e hipossuficientes tenham direito ao atendimento integral financiado pelo Estado. O que se questiona nesse aspecto é o quanto tais julgados pretendem abranger em seu texto.

O texto constitucional não restringe a efetivação do direito à saúde apenas aos que não têm condições de fazê-lo por conta própria. Quando estabelece a saúde, estabelece como direito de todos e dever do Estado, incondicionalmente.

As decisões do Supremo Tribunal Federal não deixam claro o posicionamento acerca de uma potencial restrição da concessão do direito. De qualquer forma, possibilita uma reflexão acerca do custeio por quem tem condições próprias.

O acesso universal visa assegurar a saúde em todos os casos, independentemente das riquezas de cada um, sendo vedada qualquer forma de discriminação.

O dilema que pode surgir desse aspecto é mais moral do que jurídico, uma vez que a obtenção particular de tratamentos e medicamentos desonera os cofres públicos e possibilitaria, a princípio, um atendimento mais amplo da população.

É uma discussão de ordem prática, não teórica, que se coloca em pauta. O fato é que, devido às condições atuais do sistema, tal discussão se torna menos presente ou adequada.

Quem tem condições de pagar por conta própria os serviços privados normalmente o faz, por serem frequentemente mais ágeis, menos burocratizados e sem muitas das restrições traçadas por uma política pública alocativa e pautada por prioridades epidemiológicas.

Dentre as decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, destaca-se a decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, cuja ementa foi definida da seguinte forma:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos

que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070)

Como antecipado pela ementa, o julgamento foi fundamentado de maneira mais extensa e apresentou parâmetros para a solução judicial de casos concretos, relacionados ao direito à saúde, merecendo uma análise aprofundada para compreensão do posicionamento da corte naquele dado momento histórico. O relator dos autos foi o Ministro Gilmar Mendes e o seu voto foi acompanhado unanimemente pelos demais ministros.

A lide discutia a concessão do medicamento Zavesca (miglustat), que não tinha registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária à época do ajuizamento da ação e não poderia ser comercializado no Brasil.

Além disso, o medicamento não constava nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde, sendo um medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Outro ponto alegado era de que o medicamento era ineficaz para o tratamento da doença, o que nunca foi comprovado nos autos.

Alegou-se a violação ao princípio da separação dos poderes, às normas e regulamentos do Sistema Único de Saúde e a desconsideração da função exclusiva da Administração para definir políticas públicas, com interferência indevida do Poder Judiciário.

Ao iniciar o seu voto, o Ministro Gilmar Mendes passa a analisar o alcance do artigo 196 da Constituição. Um dos grandes problemas enfrentados seria o custo da efetivação dos direitos sociais, motivando parte da produção acadêmica a defender que tais direitos seriam normas programáticas cuja exigibilidade estaria condicionada à existência de políticas públicas. Da mesma forma, alegariam que a intervenção do Poder Judiciário para suprir omissões do Poder Executivo seria uma afronta ao Princípio da Separação dos Poderes e ao princípio da reserva do possível.

A análise passa a se aprofundar na questão da alocação dos recursos por parte do Estado. O Ministro pondera que o Estado teria apenas um valor determinado para arcar

com as necessidades de todos os cidadãos, mas que no caso de direitos sociais o Estado deve dispor de valores variáveis para atender as necessidades individuais, o que conduz à necessidade de adotar critérios distributivos para os recursos do Estado.

Como não existiriam recursos financeiros para satisfazer todas as necessidades sociais, as políticas públicas envolvem escolhas alocativas, que seguiriam parâmetros de justiça distributiva, com possíveis “escolhas trágicas”. Tal linha argumentativa levaria à noção de que o Poder Judiciário poderia realizar a justiça do caso concreto, mas não seria capaz de analisar as consequências globais, com prejuízo para o todo.

A argumentação contrária se pautaria na necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana, com a indispensabilidade de se assegurar ao menos o mínimo existencial.

O Ministro examina o artigo 196 da Constituição dividindo-o em seis segmentos menores. Enquanto “direito de todos”, é tanto direito individual quanto coletivo, gerando relação obrigacional entre o Estado e o indivíduo. O direito seria condicionado a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde e, no entendimento do julgador, a prestação pela via judicial estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde.

Como “dever do Estado”, este necessita desenvolver políticas públicas capazes de reduzir as doenças e promover, proteger e recuperar a saúde, através de todos os entes federados, cuja responsabilidade é solidária.

O direito em comento deve ser “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, que concretizem o direito à saúde através de escolhas alocativas, mas mantendo a atenção ao seu viés programático, pois a medicina está em constante evolução.

Com “políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos” e “políticas que visem ao acesso universal e igualitário”, existe tanto uma dimensão preventiva como universal, para todos, sem privilégios.

O sexto ponto é a existência de “ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”, em que o ministro afirma que os problemas de eficácia do direito à saúde estão mais ligados à implementação e manutenção das políticas públicas do que à falta de legislação sobre o tema.

Na continuidade do voto, o Ministro conclui que o problema pode não ser de judicialização no sentido interferência do Judiciário na formulação de políticas públicas, mas frequentemente é apenas a determinação judicial de cumprimento das políticas existentes.

A fundamentação passa a estabelecer alguns critérios para a guiar as decisões em casos semelhantes.

Seria necessário verificar se existe uma política pública estatal abrangendo a prestação requerida pela parte, pois dessa forma não haveria de se falar na criação de política pública pelo Poder Judiciário, mas apenas do seu cumprimento.

Caso não esteja contemplada pelas políticas existentes, seria necessário verificar se isso decorre de omissão legislativa ou administrativa, de decisão administrativa pelo não fornecimento ou de vedação legal.

Não poderia a Administração Pública fornecer medicamentos sem registro na ANVISA, pois essa é uma garantia da eficácia, segurança e qualidade dos produtos, sendo que tal regra admite exceções.

Deve-se examinar a existência de motivação para o Sistema Único de Saúde não fornecer uma determinada ação de saúde, pois há situações em que os motivos decorrem da inexistência de evidências científicas, por exemplo. O SUS se pauta pela corrente da “Medicina com base em evidências”.

Nesse caso, pode ocorrer de o Sistema Único de Saúde fornecer tratamento alternativo, mas inadequado ao paciente, ou do mencionado sistema não possuir tratamentos específicos para o tratamento da doença.

Via de regra, o ministro estabelece que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS ao invés da opção escolhida pelo paciente, se não for comprovada ineficácia ou impropriedade da política do SUS.

Caberia ao Poder Judiciário ou à Administração Pública a capacidade de decidir de forma distinta, se comprovado que o tratamento fornecido não é eficaz em um caso concreto, por razões específicas do organismo do requerente.

Aduz, ainda, que a inexistência de Protocolo Clínico do SUS não pode ser uma forma de simplesmente violar o princípio da integralidade do sistema ou criar diferença entre as opções disponíveis aos usuários da rede pública e aos usuários da rede privada.

Nos mesmos autos, o Ministro Celso de Mello se manifestou, em seu voto, afirmando que a não-realização do direito à saúde é uma “censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis”⁶⁸.

Quanto às omissões, afirma que “As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição”⁶⁹.

O Ministro Celso de Mello afirma também que o “dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa”⁷⁰, o que significaria que, em caso de recusa governamental arbitrária, seria plenamente legítima a intervenção jurisdicional.

O mesmo Ministro prossegue, afirmando que, “entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”⁷¹.

O Supremo Tribunal Federal, nesse julgamento paradigmático, aparentemente buscou proteger o direito à vida da maneira mais ampla possível. Ao

68 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 abr. 2010. p. 107.

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 abr. 2010. p. 124.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 abr. 2010. p. 110.

71 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 abr. 2010. p. 115.

menos é isso que se depreende do discurso alinhado dos ministros, tanto no voto do relator quanto nos demais votos.

Muitas das principais questões envolvendo o tema foram abordadas. Em síntese, pelo posicionamento emanado pela corte constitucional, não se poderiam opor restrições de ordem orçamentária para a efetivação do direito à saúde e do direito à vida, rechaçando a argumentação isolada da reserva do possível.

Nesse mesmo sentido, mesmo que o Poder Judiciário não tenha elementos suficientes para mensurar as consequências práticas e econômicas das suas decisões, não poderia se eximir de uma determinação constitucional.

Resta assegurado que o Estado deve agir de tal maneira que possa assegurar os direitos fundamentais e sociais. Inequivocamente, o mínimo existencial deve ser protegido.

Os parâmetros estabelecidos são minimamente razoáveis, mas não devem ser vistos como um roteiro ou como um texto de reprodução obrigatória em todas as decisões sobre o tema.

Cada caso envolvendo o direito à saúde envolve peculiaridades e, embora possam ter semelhanças, é a particularidade que vai ditar a fundamentação e a decisão final.

Um grande problema dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal é a ausência de diálogo e deliberação entre os ministros.

A decisão do pleno foi unânime, porém não é possível ter uma segurança de que em casos posteriores a decisão será proferida da mesma forma.

É possível notar que, no voto do Ministro Celso de Mello, por exemplo, a abordagem em relação à necessidade de se assegurar o direito à saúde é muito mais ampla que apenas garantir o mínimo existencial.

Para tornar o cenário ainda mais instável, some-se a isso o fato de que a composição do Supremo Tribunal Federal está em constante mudança e que não se conhece a fundo o posicionamento individual de cada um dos ministros.

A posição que parece ter sido emanada pela corte é, na realidade, uma decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que foi acompanhada pelos demais ministros, sem que haja a certeza de que os fundamentos foram acatados de maneira uníssona por todos.

Pode ocorrer de que, em um novo julgamento a ser proferido em um novo caso qualquer haja uma nova forma de se abordar o tema, gerando a costumeira insegurança jurídica.

3.4 ANÁLISE ORÇAMENTÁRIA

A análise orçamentária terá por base a Lei Orçamentária Anual dos anos entre 2007 e 2016. Os dados utilizados na pesquisa foram extraídos integralmente do Portal Orçamento do site do Senado Federal, com a segmentação específica do Orçamento da Saúde⁷².

A escolha pelo período de dez anos permite analisar possíveis variações que tenham ocorrido em relação ao orçamento e à forma de aplicação dos recursos destinados à saúde, notadamente aos valores relacionados ao cumprimento de sentenças judiciais.

Inicialmente, cumpre verificar os valores destinados ao Ministério da Saúde a cada ano:

Tabela 1 – Dotação Inicial e Valores Pagos (Ministério da Saúde)

Ano	Dotação Inicial (Ministério da Saúde)	Valores Pagos (Ministério da Saúde)
2007 ⁷³	49.699.230.970	43.839.983.025
2008 ⁷⁴	52.578.492.631	48.421.304.530
2009 ⁷⁵	59.519.469.731	54.319.012.577

72 SENADO FEDERAL. Portal do Orçamento. **Orçamento anual**. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/loa>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

73 SENADO FEDERAL. **LOA 2007 – Execução Orçamentária do Órgão**: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91891>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

74 SENADO FEDERAL. **LOA 2008 – Execução Orçamentária do Órgão**: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92023>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

75 SENADO FEDERAL. **LOA 2009 – Execução Orçamentária do Órgão**: Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92180>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

2010 ⁷⁶	66.703.266.347	60.924.192.395
2011 ⁷⁷	77.149.363.987	70.101.574.689
2012 ⁷⁸	91.754.806.614	78.272.325.636
2013 ⁷⁹	99.272.350.163	83.825.836.819
2014 ⁸⁰	106.019.264.465	94.107.630.692
2015 ⁸¹	121.011.373.943	101.948.914.377
2016 ⁸²	118.472.839.832	108.684.311.034

Em conformidade com as disposições constitucionais acerca da destinação de recursos, verifica-se um aumento padrão e constante anualmente dos valores alocados na área da saúde, exceto pelo ano de 2016, em que a dotação inicial foi menor que a de 2015, ano em que houve queda de 3,8% do PIB.

A progressividade é regida pelo constante crescimento econômico do país e pela dotação orçamentária mínima pelas porcentagens estabelecidas pela Constituição Federal.

A próxima tabela demonstra, anualmente, três elementos: os valores destinados como dotação inicial para o cumprimento de sentenças judiciais na área de saúde, os valores pagos para tais sentenças e a porcentagem da dotação orçamentária total do Ministério da Saúde esses pagamentos representam para aquele ano.

76 SENADO FEDERAL. **LOA 2010 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91658>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

77 SENADO FEDERAL. **LOA 2011 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91476>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

78 SENADO FEDERAL. **LOA 2012 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91221>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

79 SENADO FEDERAL. **LOA 2013 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92268>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

80 SENADO FEDERAL. **LOA 2014 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92792>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

81 SENADO FEDERAL. **LOA 2015 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=684918>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

82 SENADO FEDERAL. **LOA 2016 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=1916082>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

Tabela 2 – Dotação Inicial, Valores Pagos e Porcentagem do Orçamento do Ministério da Saúde (Sentenças Judiciais)

Ano	Dotação Inicial (Sentenças Judiciais)	Valores Pagos (Sentenças Judiciais)	Porcentagem do Orçamento
2007 ⁸³	90.095.785	72.845.909	0,146574%
2008 ⁸⁴	88.769.893	133.339.747	0,253601%
2009 ⁸⁵	100.227.680	130.817.243	0,219789%
2010 ⁸⁶	104.802.887	102.831.602	0,154163%
2011 ⁸⁷	110.883.700	108.436.936	0,140555%
2012 ⁸⁸	84.378.203	154.522.604	0,168408%
2013 ⁸⁹	66.330.422	69.310.606	0,069819%
2014 ⁹⁰	88.940.115	145.633.670	0,137365%
2015 ⁹¹	126.807.220	132.311.283	0,109338%
2016 ⁹²	172.557.211	183.662.619	0,155025%

83 SENADO FEDERAL. **LOA 2007 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91891>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

84 SENADO FEDERAL. **LOA 2008 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92023>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

85 SENADO FEDERAL. **LOA 2009 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92180>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

86 SENADO FEDERAL. **LOA 2010 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91658>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

87 SENADO FEDERAL. **LOA 2011 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91476>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

88 SENADO FEDERAL. **LOA 2012 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=91221>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

89 SENADO FEDERAL. **LOA 2013 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92268>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

90 SENADO FEDERAL. **LOA 2014 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=92792>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

91 SENADO FEDERAL. **LOA 2015 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=684918>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

92 SENADO FEDERAL. **LOA 2016 – Execução Orçamentária do Órgão:** Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://www8d.senado.gov.br/dwweb/abreDoc.html?docId=1916082>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

Em relação a esses dados, não há uma certeza tão grande de crescimento anual, uma vez que os valores variam.

Também não há uma identidade necessária entre a dotação inicial e os valores pagos, uma vez que as decisões judiciais ocorrem de maneira imprevisível.

Em 2007, os valores pagos foram inferiores à dotação inicial, enquanto no ano seguinte, 2008, houve os valores pagos foram muito superiores à dotação inicial, demonstrando que não há uma exatidão ou uma progressão necessária que pautar tais valores ano a ano.

O fato é que os valores pagos em sentenças judiciais não passaram, no período de análise, de 0,25% do orçamento total do Ministério da Saúde, valor ocorrido em 2008, chegando a atingir um mínimo de 0,06% em 2013.

Dos dados levantados, podem ser verificadas algumas situações interessantes.

Primeiro, o gasto com o pagamento de condenações judiciais no âmbito do Ministério da Saúde fica muito abaixo de 1%, o que poderia ser considerado um valor ínfimo para fins de efetivação de direitos fundamentais.

Muitas causas podem ser variáveis nesse tema. Pode ser que muitas das ações não envolvam a União no polo passivo, que muitas das ações podem ser indeferidas ou ainda que a judicialização no tema da saúde não seja tão grande a ponto de ser ameaçadora e de se colocar o orçamento em risco, como muitas decisões que tratam da reserva do possível dão a entender.

O segundo ponto interessante é que, mesmo que a porcentagem seja baixa, em valores absolutos se fala de algo entre R\$ 69.310.606 (sessenta e nove milhões, trezentos e dez mil, seiscientos e seis reais) e R\$ 183.662.619 (cento e oitenta e três milhões, seiscientos e sessenta e dois mil, seiscientos e dezenove reais) gastos anualmente com o pagamento de sentenças judiciais no âmbito da saúde.

Ter uma noção desses números auxilia na compreensão da magnitude do orçamento e dos valores em jogo nos processos judiciais.

Uma das decisões analisadas anteriormente negou um tratamento, com base na reserva do possível, porque o valor de R\$10.000 foi considerado elevado. A noção da proporção pode ser diferente para cada um, mas o valor de R\$10.000 em relação a um gasto com mais de R\$ 180.000.000 aparenta ser mínimo, irrisório. Isso sem comparar com a totalidade de um orçamento de R\$ 118.472.839.832.

Ressalte-se que anteriormente foi visto que alguns estados (no exemplo Rio Grande do Sul e Minas Gerais) também destinam cerca de R\$ 200.000.000 para o pagamento de condenações judiciais.

O terceiro ponto relevante é que a baixa porcentagem do orçamento destinada ao pagamento de sentenças judiciais e o alto valor destinado a esse pagamento podem dar a impressão de que os valores individuais de condenações não geram impacto, porém é de se considerar o alto número de processos e a quantidade de condenações que podem ocorrer.

Tal ponto não pode ser um impeditivo para a efetivação de direitos ou uma condicionante para a determinação judicial de concessão de medicamentos ou tratamentos, mas eventualmente pode ser o prisma pelo qual se enxerga uma potencial carência de recursos.

O fato é que tais dados, apesar de transmitirem muita informação nas suas entrelinhas, levantam questionamentos também. Se esses números representarem, de forma fiel, o panorama da saúde em nível nacional, significaria que as políticas públicas estão sendo suficientes para abarcar a maior parte das necessidades dos cidadãos a esse respeito?

Ou significa que há uma imensa quantidade de pessoas que nem mesmo chega a tentar pleitear tais direitos judicialmente? Ou, ainda, qual seria a proporção dos casos que é indeferida, colaborando para que esses números isoladamente não representem nada?

Não é viável alcançar todas essas respostas com a quantidade de informação que é disponibilizada ao público. Da mesma forma que existe uma cifra negra da criminalidade, em que muitos crimes cometidos jamais vão ser investigados ou noticiados, pode existir um alto número de pessoas que padece de problemas de saúde e jamais vai tentar buscar qualquer forma de auxílio.

Também é de se considerar que parte da população irá recorrer exclusivamente aos serviços privados de saúde, sem utilizar os recursos do Sistema Único de Saúde e sem ter que pleitear qualquer tipo de tutela jurisdicional em relação a esse tema.

Os números servem, portanto, para gerar reflexão e questionamentos, tanto em relação à efetivação da saúde em um âmbito social e geral, quanto em relação à forma

com que os processos judiciais tramitam e chegam a diferentes conclusões, possibilitando inclusive o questionamento da cláusula da reserva do possível.

3.5 CONSTATAÇÕES DO RELATÓRIO SISTÊMICO DE FISCALIZAÇÃO DA SAÚDE – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Após uma sessão realizada em 24 de abril de 2013, a presidência do Tribunal de Contas da União determinou o início da elaboração de relatórios sistêmicos de determinadas áreas da atuação governamental. Em 26 de março de 2014 foi apresentado o Relatório Sistêmico de Fiscalização da saúde, sob o código de identificação AC-0693-09/14-P⁹³.

O referido relatório objetivou ter como público-alvo, “além do Congresso Nacional, destinatário principal deste trabalho, os gestores públicos das três esferas de governo, demais órgãos de controle, conselhos de saúde, acadêmicos, organismos nacionais e internacionais, Poder Judiciário, Ministério Público”, para que estes utilizem em sua atuação os dados levantados pelo estudo.

O relatório faz uma série de apontamentos em relação à judicialização da saúde e das despesas realizadas em cumprimento a decisões judiciais, aspectos que serão abordados na sequência.

As opiniões apresentadas no relatório podem tender ao ponto de vista dos gestores, portanto qualquer tipo de declaração deve ser visto com a devida cautela. Não porque estejam equivocadas, mas porque podem apresentar um foco diferenciado e preferencial para um dos lados envolvidos apenas.

A primeira menção é referente a entrevistas realizadas com gestores de hospitais. Das 116 unidades entrevistadas, 26 (22% do total) apontaram motivos diversos

93 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde**. Brasília, 2014.

para a insuficiência de insumos nas unidades hospitalares, incluindo “determinação judicial para fornecer produtos não padronizados ou que foram retirados de circulação”⁹⁴.

O relatório prossegue, apontando que o crescente número de ações judiciais concernentes à concessão de medicamentos ou realização de procedimentos clínicos é provavelmente causado por deficiências na gestão de insumos, mas não sendo esta a única causa.

Relata que os gestores reclamam da intervenção do Judiciário, tendo em vista que há um fluxo padronizado e protocolos na administração pública que acabam sendo desrespeitados com a determinação judicial.

Ainda, constatou-se das entrevistas que o Judiciário “impõe a realização de tratamentos extremamente onerosos e resulta numa inversão de prioridades nos gastos com medicamentos no âmbito das políticas públicas, o que gera um grave impacto na programação anual de saúde”⁹⁵.

Nota-se que a intervenção do Judiciário é posta como um grande inimigo, que deve ser combatido. O cenário proposto pelo resultado das entrevistas é de que a administração teria total condições de resolver todos os problemas que lhe são apresentados, desde que fossem respeitados os seus fluxos e as suas escolhas na alocação dos investimentos.

A crença aparenta ser muito mais procedimental do que substancial, pois o que se critica é a inversão de uma programação, sem se considerar, em outra perspectiva, o valor dos direitos que se busca efetivar.

É necessário fazer um adendo relativo à judicialização das políticas públicas, para compreender que o que se busca não é uma intervenção descabida e sem motivos, como expõem Estefânia Maria De Queiroz Barboza e Katya Kozicki:

Ora, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário. Pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.

94 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório Sistemico de Fiscalização da Saúde**. Brasília, 2014. p. 74.

95 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório Sistemico de Fiscalização da Saúde**. Brasília, 2014. p. 79.

Primeiro, deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que – na inércia desses poderes –, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.⁹⁶

Assim, o Judiciário contaria com a legitimidade para intervir e assegurar direitos, principalmente em situações em que se verifica uma omissão dos poderes Executivo e Legislativo, ou uma insuficiência das políticas públicas colocadas à disposição da sociedade.

Quanto às possíveis consequências do ascendente número de demandas judiciais nesta seara, haveria “aumento dos custos de aquisição, uma vez que, na maioria das vezes, essas compras são realizadas por meio de dispensa de licitação e em volumes pequenos, tendo em vista a necessidade de atender apenas os pacientes abrangidos pelas decisões judiciais”, bem como ocasionaria o desabastecimento de medicamentos, por uma questão estrutural, como apontado no relatório pela Secretaria de Saúde do Estado do Tocantins:

a judicialização impacta as ações planejadas, tendo em vista que a urgência imposta para o atendimento às determinações judiciais, seja pela natureza emergencial inerente à própria situação apresentada pelo paciente, seja pelos exíguos prazos estabelecidos pelo Poder Judiciário para o cumprimento de suas decisões, cujos efeitos são, normalmente, precipitados em virtude do deferimento de medidas liminares, causa impacto e um revés, evidenciando, por conseguinte, o desajuste estrutural desencadeado pela judicialização da saúde

O argumento apresentado tem fundamento sob um viés de eficiência dos investimentos dos recursos. Situações que fogem à regra padrão podem ocorrer e pode ser necessário realizar investimentos urgentes que sejam mais elevados que seriam pelas vias tradicionais.

Porém, a natureza do direito à saúde não permite esperar. Se o Judiciário determina prazos que são exíguos, acredita-se que tais prazos tenham uma motivação para tanto.

96 KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In **Revista Direito GV**, v. 15, 2012.

Uma medida liminar, como reclamado no trecho mencionado, não poderia ser deferida sem urgência, uma vez que existem requisitos processuais dispostos em lei para a sua concessão.

De maneira geral, o problema tem causas diversas e reflexos amplos, conforme exposto por Suzana Maria Rossetti e Oksandro Gonçalves em artigo publicado acerca do relatório:

A ausência de mecanismos de planejamento e governança tem implicado em ônus significativo ao erário, seja em razão de desfalques orçamentários ou via multiplicação das mazelas sociais; e, sobretudo, aos cidadãos, que veem tangenciado seu direito fundamental à boa administração, propiciadora, na hipótese, de um serviço de saúde pública de qualidade.⁹⁷

O documento ressalta ainda que, dada a constante judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 31, de 30/03/2010, com a finalidade de estabelecer parâmetros para auxiliar o proferimento de decisões sobre o tema.

Parâmetros para o proferimento de decisões podem ser observados apenas como um norte, mas não como algo obrigatório, dado o livre convencimento do juiz e a necessidade de fundamentação específica para cada um dos casos, que certamente terá peculiaridades e particularidades que devem ser respeitadas.

3.6 INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA – ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

97 ROSSETTI, Suzana; GONÇALVES, Oksandro. Processos de Contratação Pública e o Direito Fundamental à Boa Administração: Uma Análise a Partir do Relatório Do TCU/2014 Sobre Saúde Pública. In: Ana Luisa Celino Coutinho; Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; Fernando Gustavo Knoerr. (Org.). **DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

A Advocacia-Geral da União, através da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, realizou um estudo sobre a intervenção judicial na saúde pública⁹⁸, abrangendo o panorama da Justiça Federal e apontamentos sobre as Justiças Estaduais. A versão do estudo utilizada nesta pesquisa foi atualizada em maio de 2013, contendo dados do Ministério da Saúde do ano de 2012.

Justificou-se a realização do estudo pelo crescente número de ações judiciais com a finalidade de assegurar o fornecimento de medicamentos, procedimentos e incorporação de novas tecnologias ao Sistema Único de Saúde.

Com isso, os idealizadores intencionaram “apresentar um cenário das ações judiciais de saúde em todo país”, voltado principalmente às ações de competência da Justiça Federal.

Segundo o documento, as decisões judiciais podem ser cumpridas pela União de três maneiras distintas: Pela aquisição do medicamento/insumo pelo Ministério da Saúde, pelo depósito ao paciente do valor necessário à aquisição do medicamento/tratamento ou pelo repasse aos Estados ou Municípios de parcela do valor da condenação, caso o paciente seja atendido por eles ou a decisão determine esta forma.

Explicita que a prioridade seria de que o Estado ou Município realizem o atendimento, uma vez que seria assim que regularmente ocorria no Sistema Único de Saúde.

O depósito do valor é uma alternativa utilizada para o cumprimento de decisões, segundo o estudo, devido ao fato de que a aquisição de medicamentos pelo Ministério da Saúde tem um prazo que varia entre 60 e 120 dias, bem como à impossibilidade material de realização de tratamento médico diretamente pelo Sistema Único de Saúde.

No estudo, foi constatado um aumento no número de processos judiciais em que a União é ré em âmbito da Justiça Federal, de 10.486 (dez mil quatrocentos e oitenta e seis) novos processos em 2009 a 13.051 (treze mil e cinquenta e um) novos processos em 2012⁹⁹, equivalente a um crescimento número de 24,46%.

98 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

99 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. p. 4. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

Embora não se possa afirmar com certeza quais são os motivos desse crescimento o relatório sugere que isso pode ocorrer pelo “sucesso quase certo dessas demandas, em que, em regra, a antecipação dos efeitos da tutela é concedida em caráter irreversível, associado à interiorização da Justiça Federal”¹⁰⁰. Constata-se também que muitos processos têm impactos que perduram por um período de tempo amplo, como em casos de medicamentos de uso contínuo.

O que é definido como “sucesso quase certo dessas demandas” é resultado da consagração constitucional e legal dos valores referentes ao direito à saúde e à dignidade da pessoa humana de maneira geral.

A assistência deve ser integral e, portanto, quando alguém busca a tutela jurisdicional, possivelmente terá algum pedido minimamente justificável ou mesmo urgentemente necessário.

Em relação ao número de decisões proferidas na Justiça Federal, há um levantamento de 7.773 (sete mil setecentos e setenta e três) decisões no período de 12 meses entre outubro de 2011 e setembro de 2012.

No objeto de análise¹⁰¹, 2.263 (duas mil duzentos e sessenta e três) decisões foram favoráveis à União, equivalente a 29,11% do total. O Estado com maior número de decisões foi Santa Catarina, com 3.397 (três mil trezentos e noventa e sete), sendo 1846 (mil oitocentos e quarenta e seis) desfavoráveis, equivalente a 54% do total do estado. Em segundo lugar, está o Rio Grande do Sul, com o total de 823 (oitocentos e vinte e três) decisões, sendo 525 (quinhentos e vinte e cinco) desfavoráveis à União, o equivalente a 64%. Na terceira colocação está Minas Gerais, com 772 (setecentos e setenta e duas) decisões, das quais 532 (quinhentos e trinta e duas) são desfavoráveis à União, representando 69% do total. O estado com menor número de decisões foi o Acre, com apenas 1 (uma) decisão.

Apesar de não ser possível precisar o que é uma decisão “favorável à união” (e aqui acredita-se serem as decisões que não condenam a União), o levantamento é

100 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. p. 5. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

101 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. p. 6. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

relevante por demonstrar que aproximadamente dois terços das decisões são “desfavoráveis”.

O estudo definiu como consequências das decisões judiciais “a perda da capacidade de administrar compras, a ineficiência em relação à escala, mas também, e principalmente, refere-se aos prejuízos à própria lógica do Sistema, o que induz novos gastos e a criação de um atendimento ao cidadão absolutamente diverso do estabelecido pelas Políticas traçadas”¹⁰². O diagnóstico realizado pela Advocacia-Geral da União apontou como um problema o “gasto desordenado” que as ações judiciais ocasionam.

Há indicação de uma série de problemas de ordem prática decorrentes das decisões judiciais, como a devolução de medicamentos devido à mudança de endereço ou do falecimento do autor, custeio duplício de medicamentos pela União, fornecimento de medicação em duplicidade ou triplicidade por todos os entes participantes da ação judicial, nos casos de condenação solidária.

Tais problemas de ordem prática realmente podem acontecer e infelizmente gerar desperdícios de medicamentos e de investimentos, mas não podem obstar a concessão da tutela jurisdicional.

Por fim, a conclusão tecida pelo referido órgão é de que “conquanto seja inegável que parcela significativa das ações judiciais decorre de interesses legítimos que não podem ser retirados da apreciação do Judiciário, é igualmente constatável que a concessão pela via judicial de um tratamento médico ou medicamentoso, pela própria característica de individualidade de que comumente se revestem, impacta de modo expressivo a programação e a organização do Sistema Único de Saúde”¹⁰³.

Como visto, há uma previsão orçamentária para gastos com sentenças judiciais em matéria de saúde, tanto na União quanto nos Estados. Causa estranheza imaginar que os novos gastos trarão tantos problemas de realocação de investimentos e de desordem na administração do sistema e das políticas.

102 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. p. 19. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

103 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. p. 21. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

A programação e a organização do Sistema Único de Saúde não deveriam ser impactadas de maneira tão intensa quanto a alegada, pois o maior problema seria a realocação do trabalho para acomodar todos os interesses conjuntamente.

Obviamente que existem diversos tipos de condenações possíveis. Algumas terão um impacto mais administrativo, como no caso de necessidade de obtenção de medicamentos que normalmente não são disponibilizados, enquanto outras terão um impacto direto no cotidiano da operação, como no caso de reestruturar a agenda dos médicos e dos hospitais para a realização de uma cirurgia de emergência, por exemplo.

O fato é que, muito embora se compreenda que as decisões podem ter um impacto na forma de organização, na maneira como os serviços ocorrem normalmente e eventualmente na priorização de investimentos, todos os aspectos devem ser vistos sob o prisma da necessidade de se assegurar a saúde do ser humano que pleiteia uma medida e, em alguns casos, atuar diretamente para salvar uma vida.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, existem várias controvérsias em torno da judicialização da política e da efetivação do direito à saúde, assim como dos direitos fundamentais de maneira geral. Como esta pesquisa optou por um corte metodológico analisando o direito à saúde, e para que não se afaste demais do objeto de análise, importante manter o foco na efetivação deste direito especificamente.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, é extensa e estabeleceu uma série de direitos, garantias e princípios. A sua observância integral pode ser vista como um dos fatores que leva a uma maior judicialização da política e potencialmente ao ativismo judicial, como apontado por Carlos Alexandre de Azevedo Campos:

[...] Assim, a Constituição de 1988 acabou sendo marcada pela profundidade de seus princípios e pela extensão de suas regras.

Essas notas estruturais revelam dois traços essenciais da Constituição: ela promoveu uma constitucionalização abrangente e compromissória, o que significa dizer que ela impôs rígidos limites materiais às decisões das majorias de cada tempo, regulando um espaço importante da vida política e social brasileira, seja por meio de seu amplo catálogo de direitos fundamentais, veiculados principalmente por meio de enunciados normativos vagos e indeterminados (princípios), seja por meio da grande extensão de suas regras, que excluem as matérias da política ordinária e requerem a edição constante de emendas constitucionais para sua modificação. Constitucionalização abrangente significa que muitas questões da vida política e social brasileira têm fundamento na ordem constitucional; devem ser solucionadas a partir da interpretação e aplicação da Constituição. De sua vez, constitucionalização compromissória quer dizer que a Carta não incorporou uma única ou uma filosofia política, moral ou social manifestamente superior que as demais, mas antes, que ela abriga direitos e interesses mesmo conflitantes, que precisam ser concretamente harmonizados. No entanto, com essa estrutura e notas essenciais, a nova Carta acabou criando um quadro muito generoso de oportunidades para a litigância constitucional, no nível do Supremo, de temas com conteúdo e relevância sortidos (tribunalização da vida) e cujas soluções requerem respostas interpretativas criativas. Significa dizer: a ordem constitucional pós-1988 criou condições institucionais que têm permitido importantes questões políticas e sociais, tradicionalmente deliberadas e resolvidas nas arenas políticas – Legislativo e Executivo – serem questionadas e decididas criativamente pelo Supremo Tribunal Federal. Com essas fórmulas explosivas de litigância constitucional, bastaria então que a Constituição aparelhasse o Supremo com novos instrumentos e poderes decisórios e, principalmente, ampliasse o acesso à sua jurisdição constitucional, para que o

fenômeno da judicialização da política e as oportunidades para o ativismo judicial viessem a ocorrer.¹⁰⁴

O viés da ocorrência de uma maior cristalização de direitos, princípios e garantias no corpo de um texto constitucional é justamente o que conduz ao levantamento do problema formulado por essa pesquisa.

O compromisso firmado com os cidadãos através da Constituição deve ser respeitado, mas a sua manutenção se torna ainda mais difícil dado à extensão horizontal de um grande número de direitos elencados e à amplitude vertical em significado de cada um desses direitos.

O problema, portanto, permanece: a judicialização da política é necessária para a efetivação dos direitos fundamentais (como o direito à saúde) no Brasil?

Esse compromisso gera a necessidade de esforços conjuntos e interligados entre diferentes entes. Como visto, há a delimitação de uma divisão de competências, cujo contorno conduz à assunção de atividades voltadas aos objetivos constitucionalmente consagrados, assim como há uma série de normas relativas ao orçamento, que deveria permitir a concretização fática dos direitos, através da alocação adequada dos recursos.

Ao longo desta pesquisa foram levantados alguns problemas secundários existentes, que auxiliam na compreensão do problema geral, mas apenas elencá-los seria de pouca ou de nenhuma contribuição para a sociedade de maneira geral, fazendo-se necessário buscar formas de resolução.

Dentre todas as situações elencadas como problemáticas, duas delas merecem maior destaque, justamente por serem frequentemente os argumentos utilizados em processos judiciais envolvendo a controvérsia da saúde.

Essas situações são o aspecto financeiro envolvendo a efetivação dos direitos e a interferência na soberania e na divisão dos poderes, conforme se verá melhor adiante.

4.1 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO E O DIREITO À SAÚDE

104 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. n° 8. 2013. p. 7900.

A Constituição estabelece, em seu primeiro artigo, que “todo o poder emana do povo”, enquanto o segundo artigo define a existência independente e harmônica dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O texto constitucional apresenta de forma extensiva várias características de cada um dos poderes, apresentando regulamentações, competências, atribuições e forma de atuação.

Tais poderes devem estar sujeitos à legalidade e o poder deverá sempre ser exercido em favor do povo, de quem emana o poder, sendo que os representantes devem fazer valer a vontade popular.

O Poder Executivo tem o dever de realizar políticas sociais e econômicas em matéria de saúde, visando a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A separação dos poderes é necessária para que as suas funções sejam separadas e bem definidas, com a finalidade de evitar quaisquer abusos de poder ou, em última análise, para que existam limites aos representantes.

Nos últimos tempos, o Poder Judiciário tem tomado um relevo que anteriormente não possuía. Isso colabora para que exerça também um protagonismo na decisão de muitas questões que envolvem a sociedade como um todo.

Nesse cenário, a discussão acerca do ativismo jurídico possui grande importância. Através da ampliação do alcance da jurisdição, os magistrados passam a agir de formas distintas.

Em algumas dessas situações, o equilíbrio e a harmonia do sistema de repartição de poderes são ameaçados. Ao fugir do escopo de atuação do Poder Judiciário, da sua competência inicial, o magistrado pode acabar entrando no âmbito dos outros poderes e atuar de uma maneira que não lhe é devida.

O juiz passa a ser não mais apenas um julgador, mas passa a exercer uma função política, tanto de “legislar” em suas decisões, como de determinar a forma pela qual a administração pública deve se pautar.

Isso pode ocorrer de várias formas, inclusive pelo exercício de meios legítimos, como o controle de constitucionalidade e a anulação de atos emanados pelos outros poderes, porém para obter finalidades ilegítimas, como nos casos em que nem

mesmo haveria contrariedade com a Constituição ou com o ordenamento jurídico como um todo.

Um grande perigo que reside nesse aspecto é a atuação judicial se pautar por ideais particulares do julgador, ao invés de se realizar um acordo em conformidade com o Direito, proferindo decisões orientadas a um resultado específico. O ativismo pode se manifestar com várias intensidades em diferentes dimensões.

Em última análise, o julgador poderia agir de maneira arbitrária e com um poder potencialmente ilimitado em suas mãos, colocando em risco a estabilidade institucional.

A judicialização da política é diferente do ativismo judicial e não necessariamente traz ameaças ou inconstitucionalidades. Existem diversas formas possíveis de se entender o fenômeno.

Uma das formas relata que há uma transferência do *locus* de decisão do Poder Legislativo ou do Executivo para o Poder Judiciário, ou mesmo que a utilização das formas judiciais seja expandida.

Decisões que antes eram tomadas em ambientes majoritários passam a ser tomadas em um ambiente judicial, com procedimentos e formas bastante distintas das comuns.

Com a judicialização, o Poder Judiciário começa a enfrentar algumas questões que são essenciais para a sociedade, inclusive em relação a questões de políticas públicas e controvérsias políticas.

Com isso, surge também um desgaste natural. A própria essência dessas questões costuma impedir que haja uma unanimidade na sociedade em relação aos temas abordados.

Questões que recaem ao Judiciário podem muito bem recair por uma omissão voluntária e intencional por parte dos outros órgãos, que visam apenas evitar decidir determinadas matérias para não sofrer com a rejeição popular decorrente desses julgamentos.

Por outro lado, pode ser também que os outros poderes façam o possível para decidir assuntos com alto impacto social, que vão repercutir na vida de todos os indivíduos no país.

Nesses casos, a atuação do Judiciário é também contramajoritária, de assegurar os direitos das minorias.

Relembre-se que os outros poderes são compostos por representantes eleitos em um sistema majoritário, através de votações universais. Via de regra, aqueles que recebem mais apoio são eleitos, representam aqueles que lhe possibilitaram o mandato e podem agir de maneira ativa.

Às minorias, não sobram muitas alternativas além de recorrer ao Poder Judiciário, um espaço em que os magistrados podem decidir de maneira técnica ou justa sem recorrer às pressões e clamores sociais.

Por esses motivos, a judicialização da política é bastante importante para o direito à saúde. Ainda que não haja necessariamente uma atuação contramajoritária, a efetivação pode depender de meios que não são eleitoralmente ou politicamente atrativos, como nos casos em que são feitas as alocações dos valores e o resultado de eventuais aumentos da carga tributária.

Quem pleiteia um tratamento ou a concessão de um medicamento pela via judicial geralmente não teria condições de obtê-los por quaisquer outras vias, principalmente pela lógica de mercado comum.

Assim, é importante que a judicialização não seja vista como algo negativo sem se compreender a sua utilidade, o seu funcionamento e o seu desenho institucional, cuja origem remonta à própria Constituição.

O Poder Judiciário não tem, a princípio, um papel ativo para a correção de iniquidades e desigualdades. A sua atuação se dá de maneira reativa, mediante uma provocação.

Ao longo da pesquisa, foram mencionados diversos conceitos de ativismo e de judicialização. Igualmente, foram tecidas considerações acerca do direito à saúde, de forma sistemática e constitucional.

Cabe, neste momento, retomar tais conceitos e realizar uma reflexão acerca de quais seriam os seus reflexos no âmbito do problema abordado pela pesquisa realizada.

Conforme visto anteriormente, a própria Constituição trata de estabelecer e dividir competências entre os poderes, de forma que a sua correta execução deveria ser suficiente para assegurar os direitos previstos.

Tratando-se do direito à saúde, verifica-se a necessidade, a partir mesmo da disposição constitucional do artigo 196, da formulação de políticas efetivas que garantam a saúde plena, nos âmbitos de sua promoção, proteção e recuperação.

Instituiu-se o Sistema Único de Saúde, através do qual deve ser realizado um atendimento integral, dispondo de uma lei própria para sua regulamentação, através do qual os indivíduos deveriam ter todos os seus eventuais problemas resolvidos, mas com um viés especial de prevenção, para evitar que tais problemas venham a ocorrer.

O Poder Executivo deveria, portanto, assegurar não apenas o básico em relação à saúde, mas a sua plenitude e integralidade assistencial, sob pena de tornar o texto constitucional uma promessa meramente escrita formalmente, mas vazia em seu conteúdo.

Ocorre que frequentemente é exatamente esse descumprimento que acontece na prática.

Anteriormente, foram apresentadas duas definições de judicialização formuladas por Ran Hirschl. A primeira, compreendida como um conceito geral, seria de que as cortes e os meios judiciais poderiam ser utilizados para resolver questões variadas, incluindo questões concernentes a políticas públicas¹⁰⁵, que normalmente estariam fora de sua competência comum.

A segunda definição do autor foi apresentada em uma espécie de subdividir a judicialização em categorias, sendo que uma dessas categorias seria a “judicialização da elaboração de políticas públicas pelas formas ‘comuns de controle judicial de constitucionalidade de leis e atos da administração pública’”¹⁰⁶.

Nos dois casos, recai-se no que constantemente ocorre em matéria de direito à saúde. O Poder Executivo tem o dever constitucional de efetivá-lo através de políticas públicas, porém não o faz.

Nesse vácuo, os indivíduos que têm os seus direitos violados recorrem à tutela do Poder Judiciário, gerando um alto número de ações judiciais em relação a algo que nem mesmo deveria chegar a ser assunto de uma lide.

105 HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: **The Oxford Handbook of Political Science**. 2013.

106 HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Brasil, 251, mar. 2013.

O Poder Judiciário, que originariamente não seria o responsável para resolver as questões relacionadas a políticas públicas, acaba tendo que assumir esse papel.

Isso não ocorre de maneira ativa, mas passiva. O Judiciário não assume um protagonismo por conta própria, mas é chamado a atuar, devendo proferir uma decisão sobre os temas.

Outra característica é de que os casos podem envolver atuações simples ou muito mais amplas e complexas. No julgado analisado anteriormente, do Superior Tribunal Federal, muitos parâmetros foram traçados na fundamentação da decisão. Tais parâmetros devem, a princípio, ser observados pela própria corte constitucional em casos subsequentes, mas também serão observados por magistrados de jurisdição inferior.

A influência pode ser alegada até mesmo para o Poder Executivo, uma vez que já conhece alguns dos parâmetros pelos quais o Poder Judiciário se pautará, o que deveria prudentemente ser considerado na formulação das políticas públicas na sequência, a fim de efetivar plenamente direitos ou ao menos de evitar maiores transtornos futuros.

Além disso, o fato do Poder Judiciário atuar em questões políticas e em atos que em tese já foram anteriormente discutidos na via administrativa traz à tona novamente a discussão acerca da soberania dos poderes em um modelo em que deve haver a sua divisão.

Nesse aspecto, o recorte do direito à saúde é eficiente em demonstrar que, ao menos em uma análise geral, a pretensa interferência ocorre de maneira legítima.

Isso porque o direito à saúde deve ser assegurado de forma plena. A título de exemplificação, o relatório “Justiça em Números 2016”, do Conselho Nacional de Justiça, apresenta 85.254 processos discutindo matérias relacionadas a saúde em segundo grau de jurisdição no Brasil¹⁰⁷.

Esse número deve representar que mais de 85 mil pessoas tiveram problemas relacionados à saúde, que não foram resolvidos pelas políticas públicas traçadas pelo Poder Executivo, possivelmente não foram resolvidos em um processo administrativo,

107 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. p. 75. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

nem definitivamente em primeiro grau de jurisdição, sem contar o número de casos que não chega ao Poder Judiciário.

Se o modelo constitucionalmente previsto para o direito à saúde prevê uma efetivação plena pelo Poder Executivo através de políticas públicas, é no mínimo incongruente que haja um número grande de ações tratando de direito à saúde no Poder Judiciário.

Nesse sentido, e obviamente sendo necessário analisar casuisticamente, sem traçar generalizações precipitadas, a atuação judicial seria legítima para suprir uma inconstitucionalidade perpetrada pelo Poder Executivo através de potenciais omissões em seus deveres.

Em relação ao ativismo judicial, cumpre destacar que, de um ponto de vista conceitual, não se faz coerente adjetivar o fenômeno. Não deve se partir de um ponto de vista de desvalor de conduta ou de resultado para analisar se o ativismo judicial é algo “bom” ou “ruim”.

O ativismo, estudado quanto à sua ocorrência, delimitação e problematização, não deveria ser utilizado como uma forma de se criticar apenas aquilo do que se discorda em uma relação ideológica, na perspectiva de atacar decisões em que uma parte não é favorecida ou em casos que não se encontra qualquer instrumento intraprocessual para buscar uma alternativa.

Em termos aplicados ao direito à saúde, uma decisão pode ser ativista quando concede um tratamento ou quando o indefere, cabendo a análise das circunstâncias e dos parâmetros relacionados ao processo decisório.

Fora do âmbito acadêmico, a parte beneficiada pela decisão dificilmente questionará eventual ativismo existente, enquanto a parte contrária é mais tendente a acusar a existência do fenômeno como uma das possíveis causas da sua sucumbência.

Justamente por esse motivo, o ativismo pode aparentar emanar, em determinados casos, uma conotação majoritariamente negativa, de que a sua ocorrência estaria relacionada a injustiças.

Em realidade, tais situações mostram-se muito mais complexas fora do plano teórico, em situações frequentemente limítrofes que podem levar a diferentes desfechos.

Argumentativamente, propõe-se uma hipotética disputa judicial acerca de um tratamento de saúde para um indivíduo, independentemente do estado atual da sua enfermidade.

Tal tratamento seria possível apenas com o uso de um medicamento de eficácia não comprovada e ainda não incluído no rol de medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde.

As decisões podem seguir por fundamentações diversas, chegando a resultados diversos.

Um juiz hipotético poderia decidir pela concessão do medicamento, considerando a essencialidade do direito fundamental à saúde, consagrado pela Constituição, assim como no dever estatal de efetivação de tal direito, considerando ainda que tal tratamento seria a única chance de se tratar a enfermidade.

Outro julgador, através de seu livre convencimento, poderia optar simplesmente pela não concessão, uma vez que o medicamento não está incluído no mencionado rol e não possui eficácia comprovada, ou mesmo por não acreditar que o Estado tenha o dever de cobrir um determinado tratamento ou o combate a uma enfermidade específica.

Dependendo do caso, a atividade poderia se expandir, com o efeito de que o medicamento fosse adicionado ao rol ou, ainda mais do que isso, determinar que o a disponibilização de forma regular do referido medicamento, para que outros pacientes com a mesma enfermidade tenham acesso sem necessitar recorrer à via judicial e sem necessitar aguardar para obtê-lo.

Outros elementos podem ser adicionados à situação, conforme visto anteriormente. Suponha-se que o medicamento esteja no rol, mas que o seu elevado custo seja proporcionalmente alto em relação às contas do município que figura no polo passivo da ação judicial.

Enquanto um magistrado pode optar pela concessão, baseado no panorama legislativo que cobre a matéria, determinando ainda que a União arque com os custos relacionados ao caso. Outro magistrado pode decidir de forma oposta, fundamentando com base na insuficiência orçamentária do município.

Dados os exemplos, é importante ressaltar um aspecto fundamental: não se pode confundir a figura do ativismo judicial e com a figura da interpretação.

Em certos casos, decisões podem ser apontadas como ativistas apenas por estarem interpretando a lei de forma distinta da forma que seria interpretada por outrem ou que foi interpretada anteriormente.

Novamente, ressalta-se que o julgador tem livre convencimento para decidir, mas que esse livre convencimento deve ser motivado, e em consonância com a Constituição e com o ordenamento jurídico como um todo.

Apesar de se apontar como impossível haver uma decisão completamente neutra, uma vez que o magistrado enquanto ser humano possui fatores psicológicos experimentados ao longo de sua vida, uma decisão deve ser pautar por critérios jurídicos, não puramente morais ou ideológicos.

Ainda que se afaste da concepção de que o juiz seja apenas aplique o texto da lei, não se pode negar que a sua atividade está pautada por parâmetros legais e constitucionais.

Assim, o sistema de direitos e garantias fundamentais mantém-se de extrema relevância, devendo ser considerado sempre. Quando a matéria é direito à saúde, tal relevo mostra-se altamente significativo.

Os direitos fundamentais frequentemente encontram barreiras para a sua efetivação, como a dificuldade de financiamento ou de custeio. Tais argumentos não devem prosperar diante de um Estado Democrático de Direito, pautado por uma Constituição sólida e com previsões expressas.

Não deve (e nem pode!) o Estado escolher os direitos que quer efetivar, sob pena de incorrer em uma inconstitucionalidade. Uma vez que a Constituição estabelece os deveres e obrigações estatais, cabe à Administração Pública apenas uma atividade: executar. Não “optar”, pois incorreria em arbitrariedade inadmissível em nosso sistema, mas apenas “executar”.

4.2 EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em relação a uma parte mais material acerca das previsões constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana se mostra como um dos fundamentos da

República Federativa do Brasil, sendo de relevo insuperável para o ordenamento jurídico de maneira geral.

Isso porque, enquanto fundamento, irá ter uma função informativa, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, pautando a hermenêutica constitucional e legal como um todo, permeando também a atividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Como um princípio amplo, por diversas vezes não se encontra uma definição precisa, exata e demasiadamente delimitada do que seria a dignidade da pessoa humana, o que pode até mesmo ser explicado pelo seu viés de essencialidade. Definir precisamente seria delimitá-lo ou diminuí-lo a uma concepção demasiadamente mínima, que não transmita a carga real insculpida no princípio.

Ainda assim, o princípio teria um caráter dúplice, positivo enquanto dever estatal de assegurar o pleno desenvolvimento individual, e negativo enquanto dever geral de abstenção, impedindo os demais de interferirem e impedirem o desenvolvimento mencionado.

O direito à saúde pode ser visto como decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Assegurar a saúde, de forma integral, em toda a sua amplitude, não deveria ser visto como um mero cumprimento a uma disposição constitucional. Assegurar a saúde é assegurar que todos os humanos terão condições de conduzir uma vida de maneira plena.

Em questões correlatas à saúde, dois valores essenciais ao ordenamento jurídico brasileiro devem ser considerados: a vida e a dignidade da pessoa humana. Não é apenas pela simples constatação formalista de que estes devem ser tutelados legalmente, mas pela importância que tais valores têm.

Na inércia do Estado na concessão de condições de uma vida digna, caberia ao cidadão acionar o Judiciário para ter seus direitos assegurados – e é isso que tem ocorrido ascendentemente.

O problema, portanto, não parece estar na concessão judicial de medicamentos e tratamentos médicos, mas nos impactos que geram. A proteção dos valores “vida” e “dignidade da pessoa humana” são contestados apenas quando, quantitativamente, interferem nesses mesmos valores da coletividade. A questão é que, como exposto pelo julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na decisão de

relatoria do Desembargador Federal José Maria Lucena nos autos de nº, 0098819-78.2009.4.05.0000, já mencionada nesta pesquisa, o beneficiamento do autor de uma ação em relação a uma coletividade ocorre somente para consagrar um direito fundamental da sociedade, que é o direito à saúde.

O valor das condenações judiciais nos estados de maior litigância chega às centenas de milhões de reais, porém os estudos e relatórios realizados, bem como uma análise do orçamento nacional e dos estados demonstram que o problema não é necessariamente o valor gasto com a saúde, mas a forma com que isso ocorre.

Ressalte-se também que o custo é apresentado como um dado que auxilia a compreender a realidade da discussão travada para além do âmbito teórico, mas não pode ser visto como um argumento por si só.

Pela perspectiva constitucional, o direito à saúde é incondicionado, não estando submetido à análise orçamentária para sua efetivação. Do contrário, a análise casuística (e completamente indevida) seria plenamente numérica, de sempre proibir tratamentos de alto custo e às vezes permitir tratamentos de baixo custo, mas apenas se não houver um número alto de demandas por esse tratamento, porque custaria muito também.

A análise não deve se pautar pelos custos. Não importaria, portanto, o valor do tratamento, nem mesmo o seu valor em relação ao orçamento.

Não se propõe uma abordagem inconsequente e irresponsável do problema, pois essa também não seria desejável. O que deve existir é uma abordagem sistemática, harmônica e considerando todos os valores envolvidos.

As decisões asseguram o direito à saúde. Porém, quando esse direito é efetivado pela via judicial ao invés da maneira sistematicamente estabelecida do Poder Executivo, através das políticas públicas, há um gasto excedente.

Essas despesas se manifestam de diversas formas, acentuando seu caráter de ineficiência: custos com entrega individual de medicamentos, condenações judiciais diversas, multas, necessidade de terceirizar alguns serviços (como em tratamentos de urgência), compra de medicamentos por procedimentos especiais, com dispensa de licitação e baixo número de unidades adquiridas.

A maior parte dessas despesas poderiam ser evitadas através do regular cumprimento das políticas públicas, que alcançassem o escopo das condenações sem que fosse necessário um processo judicial.

Verifica-se, ainda, que as despesas com condenações judiciais são proporcionalmente baixas em relação ao orçamento total da União e dos Estados. Como exposto, poderiam ser ainda menores se tais despesas integrassem as políticas públicas regulares.

O caminho mais adequado para solucionar esse problema não é a alegação de “reserva do possível” ou impossibilidade orçamentária por si só, mas de melhorar a eficiência dos procedimentos para evitar que as demandas cheguem ao Poder Judiciário.

Não se trata de se restringir ao que está escrito eternamente em um texto, não se resume ao que é dito através de palavras em um papel. O direito à saúde é muito mais profundo que isso. É um exercício de alteridade. É enxergar no outro o sofrimento, as mazelas, as dificuldades, mas não aceitar esse cenário.

Buscar o direito à saúde de forma incondicionada, como o próprio texto constitucional preconiza, é buscar uma sociedade que oferece um mínimo de chances para que todos possam executar os seus projetos de vida, não permitindo uma desigualdade prejudicial já no ponto de partida, que seria um entrave ao desenvolvimento pessoal.

O peso de esperar por um tratamento de saúde ou por uma melhora que pode nunca vir é insustentável. Viver com o temor de não poder superar um obstáculo relacionado a uma doença ou a qualquer outra condição semelhante é desumano e deveria ser impensável.

O sofrimento não se restringe ao âmbito físico e biológico. Uma situação dessas, não raro, vem acompanhada de um grande impacto psicológico, tanto na percepção acerca de si mesmo quanto na percepção acerca do mundo... E por vezes o impacto reverso também ocorre, com uma percepção negativa e segregativa da sociedade em relação a aqueles que carregam qualquer tipo de problema de saúde. Ninguém deveria ser submetido a esse tipo de frustração.

O clamor ao Poder Judiciário pode ser uma última tentativa de recuperação e, mesmo assim, os autos jamais farão jus às situações fáticas enfrentadas. Enquanto em um processo, composto por uma pilha de papel ou por um conjunto de arquivos eletrônicos,

discute-se uma tese jurídica, o titular do direito possivelmente já passou por toda a sorte de desilusões e de tentativas fracassadas de encontrar uma solução.

Uma simples omissão do Poder Executivo na formulação e execução de políticas sociais e econômicas pode arruinar muitas vidas. O trabalho que culmina nessas políticas é acompanhado por um peso enorme, de não apenas tentar, mas de ter a obrigação de encontrar a melhor solução para todos.

Enquanto uma discussão judicial pode ser travada de forma formalista e descompromissada com os seus efeitos e impactos na sociedade, é necessário considerar de maneira mais profunda a vida que está em jogo, a pessoa que depende imprescindivelmente daquela decisão.

O argumento das escolhas trágicas é um argumento trágico por si só. Não deveria ser necessário ter que escolher quem tem direito a uma vaga em um leito de Unidade de Terapia Intensiva, mas deveriam existir vagas suficientes para todos.

Existe uma grande dificuldade em tratar do tema quando se busca as soluções, porque há um claro abismo entre as informações que são repassadas ao mundo e à forma que as coisas acontecem na prática.

Anteriormente, suspeitava-se que o Brasil sofria com a corrupção e com a ineficiência da Administração Pública na alocação dos recursos. Atualmente, o cenário se inverteu de tal forma que não se fala de outra coisa nos noticiários: aparentemente, alguém decidiu em algum momento do país que a propina, os desvios de dinheiro e os desvios de caráter seriam a regra.

Por muito tempo, a impunidade reinou como rainha absoluta. Os problemas começaram a vir à tona, acompanhados de investigações policiais, prisões e megaoperações. A partir de então, quase que diariamente, surgem novos escândalos e se descobre um pouco mais sobre todo o dinheiro que deveria ser investido em favor da sociedade, mas que foi covardemente desviado para os interesses privados de algumas poucas pessoas.

Tudo isso enquanto também são notórios os problemas da falta de leitos, da falta de medicamentos, de pessoas morrendo pela falta de recursos do Sistema Único de Saúde... A alteridade que serviria como fundamento do direito à saúde é justamente o que falta em inúmeros casos.

Ainda é muito cedo para afirmar que a impunidade acabou. Partindo de um prognóstico pouco otimista, mas realista, é muito difícil de acreditar que algum dia todos os casos envolvendo esse tipo de desvios serão descobertos. A cifra negra da criminalidade é um fenômeno conhecido há tempos, mas de difícil solução.

O argumento da reserva do possível é doloroso justamente por esses aspectos. A falta de recursos do Estado não deveria ser um motivo aceitável (ou tolerável) para negar saúde a alguém, e isso vai para muito além do mínimo existencial.

Muito embora seja possível encontrar formas alternativas de custeio, por uma perspectiva sistêmica, constitucional e legal, não seria o desejável. A utilização de taxas, por exemplo, seria uma forma de colaborar para a execução das políticas públicas na área da saúde, mas em qual medida a falta de arrecadação é o problema?

A probidade administrativa perfeita, ainda que seja um ideal potencialmente intangível e inalcançável, poderia trazer grandes avanços para esse panorama... Isso se não fosse, por si só, a solução definitiva de todos esses problemas.

Em um exercício argumentativo, seria possível imaginar a hipótese de haver um sistema ideal de probidade, com a gestão eficiente dos recursos, destinação correta e inexistência de qualquer desperdício de valores.

Caso ainda assim fosse impossível destinar recursos a todos os indivíduos, a fim de efetivar o direito à saúde de forma plena, qual seria a solução preferível?

Reduzir a amplitude desse direito não pode ser uma alternativa a ser considerada. Os direitos constitucionalmente previstos foram conquistados ao longo de um processo histórico de consolidação, cuja negação seria meramente um retrocesso, indesejável.

Pela proibição de retrocesso social, de maneira geral, tem-se a proibição de “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais”¹⁰⁸.

É justamente essa a discussão que se coloca em análise. Não se deveria suprimir o direito à saúde para favorecer as normas pertinentes ao orçamento público. Se

108 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 75. Brasília, 2009. p. 121.

for o caso de haver alguma mudança, que tal alteração ocorra nas normas referentes ao orçamento, o que a princípio também não seria necessário, uma vez que lá são estabelecidos limites mínimos de investimento, mas não limites máximos.

Ressalte-se que a supressão desse direito não se daria apenas por uma alteração expressa da Constituição pela realização de uma emenda constitucional, mas também de forma informal pela simples inobservância e desrespeito ao seu conteúdo por parte do Executivo e do Judiciário.

Ainda, a tentativa de priorizar um determinado caso em detrimento de inúmeros outros, o que pode ocorrer por variados fundamentos, parece ser algo errado em sua essência.

A Constituição eleva a saúde a um patamar em que é direito de todos, não apenas de quem tem condições de pagar tratamento particular, não apenas para os necessitados, não apenas para alguns afortunados que, pela loteria da distribuição de um processo judicial, terão a sorte de ter o seu caso julgado por um juiz que vai ter a sensibilidade (e a coragem) de deferir um tratamento ou o azar de ser, em última análise, sentenciado à morte por outro magistrado que opte por decidir de forma distinta.

É necessário também um esforço conjunto. Não se trata de apontar para um único órgão ou a uma única autoridade como perpetradora de todo o mal na Terra. Como visto anteriormente, a separação de poderes serve não apenas para restringir os poderes, mas também para apresentar atribuições bem delimitadas sobre qual deve ser a atuação de cada um deles.

Tendo a noção de que devem existir políticas públicas, de que há um orçamento e de que o Poder Judiciário deve estar atento para fazer valer os ditames constitucionais, nada impede dos poderes agirem em sinergia. Em realidade, tal interação seria inclusive desejável.

As informações colhidas pelo Poder Judiciário em relação às demandas envolvendo a saúde são valiosas para a formulação de políticas públicas e podem evitar discussões judiciais futuras em relação às mesmas situações, repetidas à exaustão.

Peter Hogg e Allison Bushell escrevem acerca de um diálogo entre as cortes e os legisladores, partindo do princípio de que uma decisão judicial pode ser motivar um assunto a ser discutido pelos representantes eleitos, mesmo quando evitava-se discutir tal assunto, sendo seguido de uma alteração legislativa. Essa atividade pode ser influenciada

diretamente e levar em consideração mais intensamente os valores identificados pela interpretação judicial, de forma que o novo ato legislativo acomode, em alguma medida, as considerações das cortes¹⁰⁹.

Christine Bateup propõe como o diálogo mais promissor aquele em que juízes e legisladores participam apresentando suas compreensões de diferentes aspectos sociais e institucionais, ouvindo e aprendendo com as diferentes perspectivas de significado constitucional¹¹⁰.

Essa sinergia também poderia resultar em uma diminuição de gastos com o aparato judicial e com todos os custos que envolvem um processo, considerado de maneira mais ampla.

É importante ressaltar também que o direito à saúde demanda análises casuísticas, sendo impossível afirmar, *a priori* e de maneira abstrata, qual seria a melhor solução para todos os casos.

Por isso, mostra-se temeroso encontrar julgados com a mesma fundamentação repetida à exaustão, ou mesmo julgamentos estabelecendo parâmetros como roteiros para o julgamento de casos futuros.

A saúde não é algo matemático. Casos mudam e, mesmo quando semelhantes, podem apresentar detalhes que tornam um desfecho completamente distinto quando analisado em concreto, com todas as particularidades e peculiaridades.

As escolhas foram traçadas pelo constituinte e cristalizadas no texto constitucional. Se todo o poder emana do povo e deve ser exercido em seu favor, a efetivação dos direitos fundamentais e notadamente do direito à saúde é uma das formas de se concretizar essa noção.

A discussão pode até se pautar, por motivos argumentativos, ao redor de questões como restrições orçamentárias, reserva do possível ou qualquer outro aspecto de viabilidade prática.

Foi visto que esse é o tipo de argumentação que é utilizado para rechaçar a efetivação de direitos, de maneira que se desconsidera (ou se alega considerar) o conteúdo

109 HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). In: **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35. 1997. p. 80.

110 BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. In: **Brooklyn Law Review**, vol. 71. 2006. p. 1174.

dos direitos sob o pretexto de haver algo de natureza prática que impossibilite a sua realização.

Porém, também é de se concordar que o direito à saúde é de primeira importância para todos. Abstraindo-se da questão jurídica, dificilmente será possível encontrar alguém partidário da ideia de que é desejável viver uma vida sem saúde, apesar de entender que muitas pessoas são acometidas por situações indesejáveis e ainda assim conseguem prosseguir com uma boa vida.

No âmbito do Direito, a menos que se especule um estado completamente mínimo ou de inexistência absoluta do Estado, deveria haver uma concordância plena de que o direito à saúde é um dos direitos que deve ser priorizado pelos investimentos do Estado em relação à tutela dos valores constitucionalmente assegurados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabeleceu uma série de direitos, garantias, regras e princípios em seu texto. Criou-se uma sistemática constitucional com caráter duplo.

Em um aspecto teórico, a Constituição irradia os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, influenciando e dando diretrizes para toda a atividade legislativa, judicial e administrativa.

Em um aspecto prático, a Constituição apresenta valores que devem ser concretizados no âmbito da sociedade, dotando o seu texto de efetividade para além das palavras impressas.

Analisando fundamentos da República Federativa do Brasil, no artigo 1º da Constituição, verifica-se o papel primordial da dignidade da pessoa humana.

Considerando etimologicamente, um “fundamento” é a base sobre a qual se constrói e, com isso é possível afirmar que a República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana como um de seus pilares de sustentação, imprescindível para que haja o restante da estrutura.

Os objetivos fundamentais, enumerados no artigo 3º da Constituição, só podem ser alcançados integralmente através dessa dignidade. Isso porque, ao almejar uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, sem pobreza, com menos desigualdades e promovendo o bem de todos, implicitamente se demonstra a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana de forma plena, para muito além de patamares mínimos de mera sobrevivência.

O direito à saúde decorre tanto da dignidade da pessoa humana quanto do direito à vida. Pode-se afirmar que os objetivos constitucionais estão ligados ao direito à saúde em duas mãos: para serem alcançados dependem de uma sociedade saudável, no sentido amplo do conceito, ao mesmo tempo que a sua concretização resultará na efetivação do direito à saúde.

O recorte institucional traçado pela Constituição estabelece os três Poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si. Em

uma primeira análise, caberia ao Legislativo formular as leis, ao Executivo a administração e ao Judiciário dirimir controvérsias.

Situações distantes na prática levam a situações distantes nos contornos dos poderes. Na presente pesquisa, trabalhou-se com a hipótese de que a ausência de efetivação do direito à saúde por aqueles que seriam originariamente responsáveis, formulando e executando as políticas públicas, possibilitaria uma intervenção do Poder Judiciário.

Uma vez que direitos são desrespeitados, principalmente no tocante ao direito à saúde, o indivíduo tem no Poder Judiciário uma espécie de último reduto de salvação. Levar a sua pretensão à análise de um magistrado pode ser uma derradeira tentativa de manter-se vivo, em casos extremos.

Essa judicialização é uma das formas possíveis, tornando algo judicial. Esse significado, conforme visto anteriormente, estava presente nos conceitos de Torbjörn Vallinder¹¹¹ e de Ran Hirschl^{112,113}.

Em diferentes intensidades, essa judicialização pode ocorrer tanto na decisão de casos pontuais como em casos que gerem repercussão geral e um impacto social geral.

O Poder Judiciário é chamado a se manifestar e não tem a possibilidade de não decidir. Em algumas hipóteses, a decisão atingirá diretamente as escolhas traçadas por algum dos outros poderes.

Uma das formas de ativismo judicial, como apresentada por Dworkin¹¹⁴ e Tushnet¹¹⁵, pode ocorrer nessas circunstâncias com a tomada de uma decisão judicial com vistas à efetivação ampla dos direitos e garantias previstos na Constituição, assim como pode o magistrado adotar uma postura de moderação e se abster de intervir em uma decisão tomada por outro poder, quando essa não for flagrantemente inconstitucional.

¹¹¹ VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction. In: **International Political Science Review**, vol. 15, No. 2. 1994. p. 91.

¹¹² HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. In: **The Oxford Handbook of Political Science**. 2013.

¹¹³ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Brasil, 251, mar. 2013.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 215.

¹¹⁵ TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – and Democracy - Based Worries. In: **Wake Forest Law Review**. Vol. 38. 2003. p. 815.

Em sentido similar, decisões poderiam ser tomadas com vistas apenas a satisfazer um posicionamento ideológico, o que foi definido como “a essência do ativismo judicial” por Frank Cross¹¹⁶.

Outras formas de ativismo, mais voltadas à análise da função institucional da corte, também podem ser verificadas em situações como essas. Nessas hipóteses, independentemente do resultado a se chegar, como visto na definição trazida por Ernest Young¹¹⁷, o ativismo poderia ser vislumbrado no distanciamento da decisão em relação ao texto legal, aos precedentes existentes, na decisão de questões não pleiteadas e na intervenção na atividade de outros poderes.

Dessa forma, abre-se margem para discussão quanto à divisão dos poderes, às arbitrariedades que podem ocorrer e à insegurança jurídica envolvida nesse cenário geral.

Há de se considerar que, em muitas situações, a intervenção judicial será plenamente legítima, por se tratar de uma competência constitucionalmente prevista e não apenas por isso.

A intervenção judicial se mostra necessária, uma vez que as leis são proeminentemente estáticas, enquanto a evolução social é dinâmica e não condicionada a fatores restritivos.

Isso significa que, por vezes, a resposta judicial servirá para que a mera aplicação da lei não seja um impeditivo da concretização de direitos em uma realidade social altamente volátil.

A inércia dos outros poderes, por quaisquer motivos, sejam eles de ordem procedimental, material ou mesmo intencional por incompatibilidade de agendas, não pode resultar na violação de direitos.

O descumprimento intencional da Constituição é também uma forma de inconstitucionalidade, que deve ser sanada. O Poder Judiciário que atua para assegurar a efetividade da Constituição não pode ser sancionado por isso, mas também não pode ter poderes absolutos.

¹¹⁶ CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. In: **Minnesota Law Review**. Vol. 91. 2007. p. 1766.

¹¹⁷ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. In: **University of Colorado Law Review**. Vol. 73, Number 4. 2002. p. 1141.

As normas relativas ao orçamento estabelecem valores mínimos de investimento na área da saúde, mas não estabelecem um máximo.

Em perspectiva, imagina-se que minimamente devam existir os programas de prevenção, mas esse investimento mínimo previsto não deve servir para limitar o direito à saúde, nem mesmo servir como argumento para impedir a saúde plena.

A Constituição prevê, além das disposições orçamentárias expressas, a possibilidade de fontes alternativas de custeio, indeterminadas em um primeiro momento. Em um aspecto sistemático e dos pontos de vista constitucional e tributário, as taxas seriam compatíveis com essa função. Ainda assim, eventuais alternativas devem ser analisadas com cuidado, para evitar um encargo desproporcional e desnecessário sobre o cidadão.

Verificou-se também, na Tabela 2, que nos últimos 10 anos, as condenações judiciais no âmbito da União não ultrapassaram 0,2% do orçamento anual do Ministério da Saúde, mantendo-se frequentemente na casa de 0,1%.

O valor das condenações não pode ser analisado por si só, uma vez que a judicialização gera um gasto excedente com o próprio uso do Poder Judiciário e com a forma desordenada em que os investimentos são feitos, fugindo do planejamento inicial dos órgãos.

Ainda assim, é de se considerar que esses gastos poderiam ser absorvidos por políticas públicas mais eficientes e abrangentes, de forma que idealmente não houvesse violação de direitos e a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário.

A argumentação da reserva do possível deveria ser substituída por uma preocupação maior com a eficiência na administração dos recursos públicos, havendo também o diálogo entre as instituições.

As decisões judiciais proferidas em matéria de saúde podem auxiliar na formulação e execução das políticas públicas, convergindo para um objetivo comum de assegurar uma vida digna e com saúde aos cidadãos.

As instituições podem atuar conjuntamente em muitos aspectos, visando alcançar a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Apesar da necessidade da existência dos contornos institucionais, a interação entre os poderes e a colaboração, com o compartilhamento das suas perspectivas e análises, pode permitir que os melhores resultados sejam alcançados para a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Intervenção Judicial na saúde pública**. 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa-----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

BARBOSA, Claudia. A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política. In: BARRETO, V.; DUARTE, F. E SCHWARTZ, G. **Direito da sociedade policontextural**. Curitiba, Appris, 2013

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais – Uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. In: **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 3, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. In: **Brooklyn Law Review**, vol. 71. 2006.

BRAZ, Kailini Vasconcelos. MONTENEGRO, Sandra. Efetivação do direito à saúde e concessão de medicamentos via ação judicial. In: GUEDES, Jefferson Carús; MAYRINK NEIVA, Juliana Sahione. **Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde: coletânea de artigos**. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. nº 8. 2013.

CANON, Bradley C. Defining the Dimensions of Judicial Activism. In: **Judicature**. Vol. 66. Number 6. December-January. 1983.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: **Revista de Investigações Constitucionais**. Vol. 2. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb ff344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 16 mai. 2017.

CORWIN, Edward Samuel. **The Establishment of Judicial Review**. Michigan: The Michigan Law Review Association, 1910.

CROSS, Frank B. LINDQUIST, Stefanie A. The Scientific Study of Judicial Activism. In: **Minnesota Law Review**. Vol. 91. 2007

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FOLLONI, André. Direitos fundamentais, dignidade e sustentabilidade no constitucionalismo contemporâneo: e o Direito Tributário com isso? In: Humberto Ávila. (Org.). **Fundamentos do direito tributário**. 1ed. - Madri: Marcial Pons, 2012

GARGARELLA, Roberto. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. In: **Isonomía**, No. 6, Abril 1997.

GIBSON, James L. Measuring Attitudes Toward the United States Supreme Court. In: **American Journal of Political Science**. 2003.

GRAGLIA, Lino A. It's not constitutionalism, it's judicial activism. In: **Harvard Journal of Law & Public Policy**. Vol. 19. 1995-1996.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HAMILTON, Walton H. The Special Competence of the Supreme Court. In: **The Yale Law Journal**, v. 50. 1941.

HELMHOLZ, Richard H. Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature. In: **The Journal of Legal Analysis**. Vol. 1.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. The origins and consequences of the new constitutionalism. First Harvard University Press, 2007.

_____. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Brasil, 251, mar. 2013.

_____. The Judicialization of Politics. In: **The Oxford Handbook of Political Science**. 2013.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). In: **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35. 1997.

ICHIHARA, Yoshiaki. Tributação e direitos fundamentais: propostas de efetividade. In: FOLMANN, Melissa (Org.). **Tributação e direitos fundamentais**. - Curitiba: Juruá, 2006.

JUSTICE, William Wayne. The Two Faces of Judicial Activism. In: **The George Washington Law Review**. Vol. 81. 1992.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism". In: **California Law Review**, Vol. 92. 2004.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. In: **Novos estudos**, v. 96, jul. 2013.

KOZICKI, Katya; BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. In: **Revista Direito GV**, v. 15, 2012.

LEÓN, Mauro Arturo Rivera. Jurisdicción constitucional: ecos del argumento contramayoritario. In: **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 22, enero-junio 2010.

LOW, Peter W.; JEFFRIES JR., John C. Federal Courts and the Law of Federal-State Relations. 5th edition. Foundation Press: 2004.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Tributação e direitos fundamentais. In: FOLMANN, Melissa (Org.). **Tributação e direitos fundamentais**. - Curitiba: Juruá, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição federal**: de acordo com a Lei n. 8.212/91 e Lei n. 8.213/91. 2. ed. - São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Áquilas Nogueira. A saúde pública brasileira num universo "sem mundo": a austeridade da Proposta de Emenda Constitucional 241/2016. In: **Cad. Saúde Pública**. 2016, vol.32, n.12. 2016.

MINAS GERAIS. **Lei Orçamentária Anual de 2014**. Volume II-A. Belo Horizonte, 2014. Disponível em: <http://www.planejamento.mg.gov.br/images/documentos/loa_lei_orcamentaria_anual/loa_2014/2014_Volume_IIA_LOA_p%C3%B3s_emenda_-_com_capa.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2017.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. - Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Por um estado fiscal suportável**: estudos de direito fiscal. v. 3. - Coimbra: Almedina, 2010.

NOGUEIRA, Alberto. **A reconstrução dos direitos humanos da tributação**. - Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roe Rage**: Democratic Constitutionalism and Backlash. In: Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Orçamentária Anual de 2014**. Volume I. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://planejamento.rs.gov.br/upload/arquivos/201601/07114825-volumei-2014.pdf>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil** – São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSETTI, Suzana; GONÇALVES, Oksandro. Processos de Contratação Pública e o Direito Fundamental à Boa Administração: Uma Análise a Partir do Relatório Do TCU/2014 Sobre Saúde Pública. In: Ana Luisa Celino Coutinho; Roberto Correia da Silva Gomes Caldas; Fernando Gustavo Knoerr. (Org.). **DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA I: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Ver. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 75. Brasília, 2009.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito a saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENADO FEDERAL. Portal do Orçamento. **Orçamento Anual**. Brasília, 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/loa>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. – São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 250. 2009.

TATE, Neal. Why the Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press. 1995.

TUSHNET, Mark. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – and Democracy-Based Worries. In: **Wake Forest Law Review**. Vol. 38. 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório Sistêmico de Fiscalização da Saúde**. Brasília, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **TJMG divulga dados da movimentação processual de 2013.** Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/tjmg-divulga-dados-da-movimentacao-processual-de-2013.htm>>. Acesso em 16 mai. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Relatório Anual Dois Mil e Treze. **Relatórios Estatísticos.** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2013/RA_2013_TJRGS/pdf/Relatorio_2013_09_Relatorios_Estatisticos.pdf>. Acesso em 16 mai. 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática.

VALLINDER, Torbjörn. The Judicialization of Politics – A World-wide Phenomenon: Introduction. In: **International Political Science Review**. v. 15, 1994.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Nota Técnica n. 28:** Os Impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7270/1/NT_n28_Disoc.pdf> Acesso em: 16 mai. 2017.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: **The Yale Law Journal**. 2006.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. In: **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. In: **University of Colorado Law Review**. Vol. 73, Number 4. 2002.

ZARAGOZA, Jorge Chaires. La independencia del Poder Judicial. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. XXXVII, n. 110, maio/ago, 2004.