

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE – UERN
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO – PROPEG
PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO PÚBLICO

Alexandre Ribeiro Nunes

O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

NATAL - RN
2018

ALEXANDRE RIBEIRO NUNES

O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Artigo apresentado na especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público.

Orientador(a): Prof. Msc. Déborah Leite da Silva Holanda

NATAL - RN
2018

ALEXANDRE RIBEIRO NUNES

O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Artigo apresentado na especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Público.

BANCA EXAMINADORA

Prof.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Orientador(a)

Prof.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Prof.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)
Membro

Natal, 05 de julho de 2018.

O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

ALEXANDRE RIBEIRO NUNES¹

RESUMO

O artigo teve por escopo realizar um estudo sobre as matérias que envolvem o ativismo judicial e a judicialização da saúde a partir dos contextos político, social e normativo e sob a referência de alguns precedentes históricos que marcam esses fenômenos. Observou, ainda, a problemática emergencial do ativismo judicial e tudo que envolve a concretização dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito ao direito à saúde, identificando suas nuances e funções, além da regulamentação que previne sua concretização. Observou-se como ambos os mecanismos têm sido utilizados no sentido de assegurar garantias constitucionais, individuais e coletivas, frente à inércia dos poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas. Buscou-se, por fim, nesta pesquisa compreender como se iniciou esse tipo de ativismo e seu histórico de desenvolvimento, abordando as consequências produzidas a partir da pró-atividade do Judiciário no julgamento das demandas que lhe são apresentadas. Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo, pautando-se também na análise da doutrina especializada e da jurisprudência pertinente ao tema.

Palavras-chave: Direito à Saúde – Ativismo Judicial – Judicialização – Direitos Fundamentais – Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

The article aimed to carry out a study on the subjects that involve judicial activism and the judicialization of health from the political, social and normative contexts and under the reference of some historical precedents that mark these phenomena. He also observed the emergency problem of judicial activism and everything that involves the realization of fundamental rights, especially regarding the right to health, identifying their nuances and functions, and the regulations that prevent their implementation. It was observed how both mechanisms have been used in order to ensure constitutional, individual and collective guarantees, against the inertia of the Executive and Legislative powers in the implementation of public policies. Finally, this research aimed to understand how this kind of activism and its development history began, addressing

¹ Discente do curso de especialização em Direito Público da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.

E-mail: alexandreriibeironunes00@gmail.com

the consequences produced by the pro-activity of the Judiciary in the judgment of the demands presented to it. For that, the hypothetical-deductive method was adopted, also based on the analysis of specialized doctrine and jurisprudence pertinent to the theme.

Keywords: Right to Health - Judicial Activism - Judiciary - Fundamental Rights - Constitutional Guarantees.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DAS FUNÇÕES ESTATAIS. 2.1 DA FUNÇÃO EXECUTIVA/ADMINISTRATIVA. 2.2 DA FUNÇÃO LEGISLATIVA. 2.3 DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. 3. MUDANÇAS DE PARADIGMAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3.1. CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL. 3.2. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: GERAÇÕES/DIMENSÕES. 3.3 O DIREITO À SAÚDE E SUA VIABILIZAÇÃO MEDIANTE A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. 4. A AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – ATIVISMO JUDICIAL. 4.1 CONCEITO E CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO. 4.2 PONTOS CONTROVERSOS. 4.2.1 Suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes. 4.2.2 Falta de caráter representativo do Poder Judiciário. 4.2.3 Implicações danosas em relação à organização orçamentária estatal. 5. O ATIVISMO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA. 5.1 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL. 5.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo realizar uma análise acerca do ativismo judicial no que tange especificamente à judicialização da saúde e seus aspectos, o que ultimamente tem sido tema de inúmeros debates em toda a comunidade acadêmica, bem como entre juristas, políticos e instituições que compõem a sociedade civil.

A atividade do Judiciário frente a eventuais inércias do Poder Legislativo tem ocasionado divergências de opiniões devido ao alto grau de complexidade de algumas matérias, alega-se nestes casos as interferências do Poder Judiciário em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, o que caracterizaria uma suposta quebra do princípio da tripartição de poderes. De fato, o Judiciário, em particular o Supremo Tribunal Federal, tem acolhido, sempre que é provocado, várias questões que a princípio estariam na esfera legislativa ou ainda do Poder Executivo, em muitos dos casos pela omissão dos referidos poderes no que tange, respectivamente, à previsão e concretização de direitos, que acabam sendo objeto de demandas judiciais.

Ademais, no que concerne especificamente à questão orçamentária da administração pública, discute-se se seria legítima a atuação do Judiciário ao determinar, por exemplo, o bloqueio de valores previstos orçamentariamente para outros fins, a fim de custear um tratamento de saúde de alto custo para apenas um beneficiário, em detrimento de uma gama de pessoas que poderia ser beneficiada com a concretização da política pública orçada.

Como se vê, o tema é bastante palpitante, razão pela qual torna-se imprescindível a sua discussão, a fim de que seja possível encontrar respostas que viabilizem uma solução que se mostre razoável para a solução da problemática.

Objetivando-se elucidar as questões acima levantadas, iniciou-se a primeira seção tratando das funções estatais e sua divisão tripartite, como prescreveu Montesquieu ainda no século XVII, em Executivo, Legislativo e Judiciário, como órgãos distintos, trabalhando conjuntamente de forma harmônica para atender aos mais diversos pleitos da sociedade.

Logo a seguir, a segunda seção trata das transformações pelas quais passaram historicamente os direitos tidos como fundamentais e suas gerações, desde o seu surgimento, que marcaram as primeiras lutas de classes sociais, até os dias atuais, contextualizando suas principais características. Dentre elas, as políticas públicas tão fundamentais para o exercício do direito à saúde.

Na terceira seção chegou-se ao tema central do trabalho, onde se enfatiza o ativismo judicial, seus conceitos e problematização, bem como às ações do Judiciário perante a inexistência de atuação daqueles que deveriam primariamente atuar na garantia legal e concretização de direitos, onde se discute a suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes, passando ainda pela efetivação dos atos do Judiciário e as consequências lesivas em relação ao orçamento estatal.

Por fim, na quarta e última seção, trata o trabalho acerca do ativismo judicial e sua participação na área da saúde pública, elencando os princípios constitucionais da reserva do possível e do mínimo existencial e, ainda, analisando casos concretos, frutos dos julgamentos dos Tribunais.

Para a consumação do trabalho foram realizadas pesquisas no campo doutrinário, bem como analisadas decisões jurisprudenciais que envolvem o tema abordado, adotando-se o método hipotético-dedutivo.

2. DAS FUNÇÕES ESTATAIS

O Estado passou a desenvolver um novo modelo político a partir dos séculos XVII e XVIII, surge, de forma mais contundente uma maior concretização da concepção sugerida pelo filósofo Montesquieu, no livro “O Espírito Das Leis”² embora preconizada pela figura do também filósofo Platão que viveu no século V a.C., a qual sintetizava a ideia de uma separação de poderes onde o próprio Estado delegaria funções específicas a três órgãos, criados com finalidades de agir de forma independente e autônoma, porém, harmonicamente, com o objetivo de controlar todas as demandas que provinham da sociedade, descentralizando suas tarefas, servindo de verdadeiros braços estatais, mas sem abrir mão, o Estado, de suas características de origem, ou seja, continuava a ser aquela figura dotada de poder supremo.

Tal doutrina foi adotada pela grande maioria das nações mundo a fora e encontra-se presente em praticamente todas as constituições que absorveram uma postura democrática. Como por exemplo, a norte-americana assumiu uma distribuição de competências na atuação por parte do governo se utilizando dos mecanismos de freios e contrapesos, um modelo de regulação e aperfeiçoamento na separação dos poderes, elencados em “Os Federalistas”³ por Jay, Hamilton e Madison, em 1787.

Portanto, a autossuficiência de cada um desses poderes é essencial para que haja uma harmonia conjunta, como afirma o próprio Montesquieu⁴:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois se pode esperar que esse monarca ou esse senado façam leis tirânicas para executá-las.

Em se tratando de Brasil, o sistema de tripartição dos poderes foi definitivamente efetivado, inclusive assumindo o *status* de cláusula pétrea, na Constituição Federal de 1988, no seu artigo segundo que assim preceitua: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e

² MONTESQUIEU, Charles Louis de. Do Espírito das Leis. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos Federalistas. Apresentação: Isaac Kramnick; Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p.350.

⁴ MONTESQUIEU, Do Espírito das Leis, Livro XI, Cap. VI. 1748. p. 167-168.

o Judiciário”⁵. Assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário se constituíram partes de uma estrutura que se solidificou com o passar do tempo e assumiram funções necessárias e fundamentais para o desenvolvimento do Estado democrático de direito.

Passa-se então a discorrer acerca de cada uma das funções assumidas por esses poderes.

2.1 DA FUNÇÃO EXECUTIVA/ADMINISTRATIVA

O poder Executivo tem o papel de administrar e gerir os negócios do Estado conforme sua jurisdição, ou seja, cabe a ele, independentemente de qual seja a esfera, municipal, estadual ou federal, buscar realizar todas as demandas necessárias para o desenvolvimento de medidas que atendam ao interesse público, observando as leis que compõem o sistema normativo e que advém dos seus respectivos legisladores. É, portanto, função do Executivo viabilizar o acesso das pessoas à educação, à saúde, à segurança, à habitação, ao lazer, etc.

São representantes do Poder Executivo, eleitos através de voto popular, o Presidente da República, os governadores de cada unidade federativa, os prefeitos de cada um dos municípios, que passam, a partir de suas respectivas posses, a trabalhar, em conjunto com seu corpo auxiliar, na execução de seus planos de governo, no intuito de estruturar e coordenar todas as ações necessárias para viabilizar uma gestão que corresponda às expectativas daqueles que os escolheram como seus representantes.

2.2 DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Já o Poder Legislativo, como o nome já sugere, tem a prerrogativa de elaborar as leis, as quais devem traduzir o universo da vontade da maioria, normatizando e legitimando a aplicação das garantias constitucionais em todo o território nacional. Trata-se de um mecanismo responsável por moldar um alicerce comportamental das sociedades e, posteriormente, permitir aos órgãos jurisdicionais solucionar os conflitos

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 março. 2018.

inerentes ao dia a dia. Vale frisar que, coercitivo e abrangente, o ordenamento jurídico é sobretudo dinâmico, tendo em vista que as normas, além de serem criadas, podem ainda sofrer algum tipo de adaptação ou até mesmo ser extintas com o propósito de se ajustar aos novos modelos e realidades sociais.

No Brasil, a organização política se dá através do sistema federalista de governo, motivo pelo qual foi adotado o sistema bicameral, havendo uma divisão do Congresso Nacional composto pelos Senadores, figurando como representantes dos Estados-membros e a Câmara dos Deputados, esta última composta por representantes diretos do povo. No que diz respeito aos Estados-membros, o corpo legislativo é formado por Deputados Estaduais, enquanto os vereadores dedicam-se às demandas locais de cada um dos municípios, todos estes com o papel de propor e fiscalizar as leis.

Destaque-se que o Poder Legislativo, nos termos do art. 71 da Constituição Federal⁶, exerce o controle externo dos atos da administração pública, sendo auxiliado pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados, cabendo-lhes contribuir com o papel de controle e fiscalização dos atos administrativos que venham a envolver seu patrimônio, para tanto devendo realizar análises periódicas sobre as contas de cada um deles no que diz respeito às operações que envolvem o erário público.

Por fim, é através de atos normativos, de exclusividade dos processos legislativos, que se originam todas as normas vigentes no ordenamento jurídico. Para tanto, basta que haja a iniciativa, fase inicial em que se apresenta o projeto de lei, que irá seguir os ritos procedimentais das casas, desde que estejam em consonância com a Carta Magna.

2.3 DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Não menos importante que as anteriores, a função jurisdicional é exercida pelo Poder Judiciário, que é o responsável por consolidar imperativamente todos os direitos, sejam eles de caráter individual ou coletivo e social, através da aplicação das

⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 01 abr. 2018.

leis decorrentes do processo constituinte e legislativo, que, após promulgadas, passam a compor o ordenamento jurídico.

A partir de então, estende-se aos membros da magistratura a prerrogativa de julgar, de acordo com o que prescrevem as regras constitucionais e infraconstitucionais, as demandas que emanam dos interesses gerais ou particulares, regrado, como anteriormente citado, as relações sociais e, principalmente, garantindo a missão da eficácia das leis ao preservar e legitimar os direitos fundamentais de um Estado democrático, estabelecendo-se uma sensação mais próxima possível do justo.

Compõe o Poder Judiciário os ministros, desembargadores e juízes, distribuídos nos órgãos jurisdicionais, estaduais ou federais, conforme atribuições de competências, os quais podem ser admitidos no serviço público através de concursos específicos, de modo que se possa evitar que não haja a possibilidade de indicações de ordem política, como ocorre em alguns países que adotaram um sistema de Tribunais Constitucionais⁷.

Ressalte-se que Judiciário tem tido notoriedade no que diz respeito, principalmente, a uma nova tendência nos tribunais, a de tomar decisões quando da possível omissão dos poderes Executivo e Legislativo, tema que será abordado mais adiante.

3 MUDANÇAS DE PARADIGMAS NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem se viu durante muito tempo marcado pela existência de um Estado soberano, forte e extremamente intervencionista, onde o poder político, concentrado em suas mãos, lhe permitia agir conforme seus próprios interesses, determinando as regras gerais a serem seguidas. Seria arriscado querer afirmar em qual período histórico surgiram as primeiras ideias de direitos fundamentais, a corrente de pensamento jusnaturalista sugere que tais direitos antecedem o surgimento de qualquer norma e até mesmo a criação do Estado, ou seja, são inerentes ao homem desde sempre.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p 1006.

Porém, é certo que, com o passar dos tempos, estabeleceram-se alguns novos paradigmas e ideologias, novos valores foram admitidos, pois o direito é dinâmico e por isso passível de eventuais mudanças.

A concretização das expectativas quanto ao direito depende não apenas da vontade, mas sim de uma confirmação objetiva, motivo pelo qual pretende-se seguir uma linha mais contemporânea, a qual indica que os direitos fundamentais são fruto das muitas lutas sociais, grande parte delas ocorridas a partir do século XVIII.

As batalhas que marcaram esse período histórico, travadas em prol de melhores condições de vida, só tiveram sua afirmação através da positivação das normas dentro de um contexto jurídico, é aqui onde se inseriram os direitos fundamentais, os quais são essência para afirmação e sobrevivência de um Estado democrático de direito.

3.1 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Ao se abordar a temática direitos fundamentais, de imediato, se faz necessário entender tratar-se de uma matéria que alcança um certo valor subjetivo, pois não possui, como característica, a homogeneidade, ou seja, seus aspectos gerais variam conforme a localidade e em consonância com os valores éticos, aspectos culturais, históricos, políticos, jurídicos, entre outros, daquele local.

De toda forma, vale salientar que suas raízes estão diretamente assentadas nos ideais de liberdade e dignidade da pessoa humana, delimitando sobretudo o poder estatal ao postular uma proteção aos direitos tidos como essenciais ao homem. Direitos estes, como dito anteriormente, que são mínimos e inerentes ao ser humano, conforme a concepção jusnaturalista, mas que só passaram a ser contemplados a partir da sua positivação através das cartas constitucionais.

No Brasil, a Constituição Federal (BRASIL,1988)⁸ dá primazia aos direitos fundamentais no seu Artigo 5º ao descrever que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 abr. 2018.

residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Nele estão observados todos os valores imediatamente necessários ao homem que passou a gozar de prerrogativas antes inexistentes e que tiveram como princípio a Declaração de Virginia (1776), momento histórico que marcou a efetivação de muitos dos direitos fundamentais, o quais, a partir de então, passaram a ter força de norma constitucional.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS GERAÇÕES/DIMENSÕES

Os direitos fundamentais foram submetidos, no decorrer do tempo, a várias mudanças, frutos do desenvolvimento e das carências sentidas pelo ser humano, desde os básicos até os mais complexos, buscar tutelar e efetivar novos direitos sempre foi uma tendência do próprio homem, e contribuiu fundamentalmente para o surgimento de uma democracia melhor consolidada.

Os direitos fundamentais foram historicamente marcados por uma divisão que ocorrera em épocas distintas, sendo classificados como os de primeira geração, ou dimensão, pois tiveram o aspecto de preambulares. O Estado, que até então, era detentor da soberania exagerada, agia conforme seus interesses, mas teve sua supremacia suplantada devido aos muitos movimentos que reivindicavam uma independência e permitisse uma estruturação social mais igualitária.

Os primeiros avanços nesse sentido permitiram ao homem o direito a eleger sua profissão, o direito de associação e reunião, o direito à propriedade e à participação política, passando assim a regular as ações estatais, inclusive através do voto.

Superado esse primeiro momento com a concretização de várias conquistas e, conseqüentemente, a imposição de um Estado limitado no seu poder de interferir no arbítrio particular dos indivíduos, surgem os direitos fundamentais de segunda geração, com expansão no século XX, este é marcado principalmente pela relevância que ganha o princípio da igualdade através da máxima de que o Estado deveria garantir, de forma uniforme, a justiça social através da efetivação de direitos à saúde, educação, trabalho, lazer, etc.

Na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de segunda geração foram admitidos pela primeira vez em 1934, e ganharam ainda mais notoriedade na Constituição Federal de 1988, os quais estão elencados no artigo 6º, nos capítulos II

e VIII do título II, no rol dos direitos sociais, contemplando inúmeros direitos que são relevantes e essenciais ao bem-estar social.

Já os direitos de terceira geração observam a coletividade dos grupos sociais, seria uma geração de direitos fundamentais com alcance mais amplo ao sintetizar os interesses difusos, preterindo aos interesses individuais do homem. São os direitos à paz, ao desenvolvimento, à conservação e equilíbrio do meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural.

Há na doutrina moderna, ainda, a classificação de duas outras dimensões de direitos fundamentais, a quarta e a quinta, muito embora não seja unanimidade junto aos autores.

A quarta geração segundo Paulo Bonavides⁹

São os direitos a democracia, a informação e ao pluralismo, fala então em globalização dos direitos ao afirmar que “deles dependem a concretização da sociedade aberta ao futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Por fim, concebe ainda o nobre professor Paulo Bonavides,¹⁰ existir uma quinta geração de direitos fundamentais, seriam os que dizem respeito à paz, como contorna em suas palavras:

A dignidade jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da convivência humana, elemento de conservação da espécie, reino de segurança dos direitos. Tal dignidade unicamente se logra, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração.

3.3 O DIREITO A SAÚDE E SUA VIABILIZAÇÃO MEDIANTE A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Conforme a Constituição Federal,¹¹ em seu artigo 196 é assegurado a todos o direito a saúde, nos seguintes termos:

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 571

¹⁰ *Idem*, p. 583

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 abril. 2018

A saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo este garantir, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doença e de outros agravos e tornar acesso universal e igualitário todas as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Portanto, o direito à saúde, embora de natureza subjetiva, é claramente essencial e deve alcançar a todos sem qualquer distinção, produzindo todos os efeitos que visem o bem-estar aos cidadãos por todo território brasileiro, tanto os brasileiros natos e os naturalizados, quanto os estrangeiros residentes ou ainda que de passagem pelo Brasil.

Pontua o jurista Sergio Pinto Martins:¹²

Verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-la. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano.

A fim de oportunizar a concretização dos serviços necessários para o atendimento às demandas da saúde pública, o Estado deve realizar todo um planejamento, pautado principalmente na organização financeira e estrutural dos seus programas de políticas públicas, estipulando ainda quais as prioridades mais urgentes, sob pena de ter uma eficácia contida ou até mesmo deixar de praticar todos os atos necessários para a concretização dessas políticas.

Conceitua política pública Maria Paula Dallari Bucci:¹³

Políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Trata-se, então, de programas traçados pela Constituição e pelas leis ordinárias, organizadas por órgão competente, no caso o Estado, que tem o papel de executá-las, ou ainda, fiscalizá-las quando realizadas por terceiros.

¹² MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 428.

¹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.241.

Assim, caracteriza-se principalmente por ser de competência da administração pública e devem ser efetivadas sempre com o objetivo de satisfazer ao interesse público.

A Constituição Federal de 1988 contempla ainda, em seu artigo 198, o sistema único de saúde, o SUS, política pública de iniciativa governamental constituída com intuito de reger esse planejamento e permitir a consecução dos serviços de saúde, um programa descentralizado, onde cada esfera governamental produzirá suas próprias ações, atendimento integralizado sem que haja qualquer exclusão de interessados e hierarquicamente organizado, de tal forma que possa realizar o controle, a fiscalização e execução de todos os procedimentos necessários à sua efetivação.

Com o advento da Lei 8.080/90, o SUS teve suas ações reguladas em todo o país, abrangendo o modo como deve se dar todo o seu funcionamento e pleno exercício, inclusive quando constatar carência contingenciar serviços da rede privada.

Alguns princípios são os responsáveis por nortear como serão as atividades a serem desempenhadas pelo sistema único de saúde. A universalidade visa garantir o atendimento assistencial sem distinção; a equidade determina a consecução dos serviços de saúde independente de sua complexidade a todos os cidadãos; a integralidade faz referência às ações afirmativas de acesso às prestações, sejam elas preventivas ou as que visam a recuperação; a descentralização na secessão das ações por intermédio da União, Estados e Municípios; a hierarquização através da otimização dos recursos com base na distribuição das ações conforme a territorialidade e custos, e, finalmente, o controle social que visa a participação do povo nas decisões sobre quais políticas públicas que farão parte do plano de ações.

Segundo Roncalli:¹⁴

Os princípios doutrinários expressam as ideias filosóficas que permeiam a criação e a implementação do SUS e personificam o conceito ampliado de saúde e o princípio do direito à saúde. Os princípios organizativos orientam o funcionamento do sistema, de modo a contemplar seus princípios doutrinários.

¹⁴ RONCALLI, Ângelo Giuseppe. **O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no brasil e a construção do sistema único de saúde.** In: Pinheiro AC, organizador. Odontologia em saúde coletiva: planejando ações e promovendo saúde. Porto Alegre RS: Artimed: 2003. Cap.2, p.28-49.

Vale enfatizar que o dever de assegurar o acesso de todos cabe tanto à União, aos Estados, Municípios e ainda ao Distrito Federal, devendo estes contribuir e desenvolver, no âmbito de suas circunscrições, políticas públicas e sociais voltadas à realização dos direitos da cidadania.

4. A AMPLIAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial tem sido um tema comumente discutido, principalmente, no cenário jurídico e social. Muito se fala com relação à perspectiva que gira em torno da conduta por parte do Poder Judiciário frente aos outros Poderes e como tem sido postulada sua posição ao legitimar algumas relações jurídicas até então tidas como subjetivas.

Alguns doutrinadores se opõem a esta ordem de coisas, afirmando existir uma violação ao princípio da tripartição de poderes, que se configura quando se percebe uma chamada “invasão” nas atribuições de cada um dos outros dois poderes. Por outro lado, há corrente favorável às intervenções do Poder Judiciário, sob a justificativa de que não se deve admitir a violação na concretização de direitos fundamentais, principalmente os que envolvem o âmbito da saúde pública.

4.1 CONCEITO E CONTEXTO DE DESENVOLVIMENTO

O ativismo judicial se caracteriza pela ação do Poder Judiciário, em detrimento das funções dos demais órgãos, através de decisões próprias no intuito de dirimir conflitos que envolvam questões políticas e sociais, quando, por algum motivo, constatar-se a existência de algum tipo de omissão na efetivação de direitos tidos como fundamentais por parte dos poderes Legislativo e Executivo.

Observa Luiz Roberto Barroso:¹⁵

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2009 Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf> Acesso em: 02 maio 2018.

a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

Já para Lênio Streck,¹⁶ ativismo é:

Quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos.

O termo Ativismo Judicial teve origem nos EUA, logo após a segunda guerra mundial, quando o historiador Arthur Neier Schlesinger Jr. escreveu um artigo chamado de “The Supreme Court” publicado na revista *fortune* (1947)¹⁷. No texto, o crítico social buscava fazer uma distinção entre os juízes da suprema corte em dois campos: do ativismo e da autocontenção. Ele fazia uma crítica referindo-se ao ativismo judicial como um risco para democracia e sustentava que as intervenções do Judiciário só deveriam ocorrer quando se tratasse da defesa dos direitos políticos.

No cenário brasileiro o ativismo judicial tem sido abordado como tema de absoluta relevância, já que a maioria das decisões tomadas no âmbito do STF aborda temas cercadas de questões conflitantes e de dimensões complexas.

Muitos são os argumentos utilizados para respaldar tais decisões, principalmente os que visam proteger a dignidade da pessoa humana. Denota-se que parte do Judiciário se habituou a não apenas interpretar as leis, como também buscar assegurar outras garantias, adentrando necessariamente em outras esferas do poder.

Percebe-se, assim, que o ativismo é atividade que visa garantir a materialização de direitos, mesmo que para que isso aconteça seja eminentemente imperativo atuar junto às omissões dos demais poderes.

Ainda sobre o ativismo judicial, conclui-se, primeiramente, que na contramão do positivismo de Kelsen, tal prática construiu-se inicialmente pautada na apropriação subjetiva de um poder sobre o outro, dentro da tripartição proposta por Montesquieu.

¹⁶ STRECK, Lênio Luís. **OAB entrevista**. *OAB in foco*, Uberlândia, ano 4, n. 20, p. 15, ago/set. 2009. Disponível em: <http://www.oabuberlandia.org.br/Revista_OAB20.pdf> Acesso em: 05 maio 2018.

¹⁷ SCHLESINGER Jr., Arthur M. *The Supreme Court: 1947*. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947. p. 73.

Na verdade, o que se articula é uma espécie de extensão de caráter eminentemente proativo em face da inoperância dos demais organismos, seja Executivo ou Legislativo.

4.2 PONTOS CONTROVERSOS

Ainda nas primeiras linhas do atual trabalho, discorreu-se acerca das funções estatais e suas divisões funcionais, cada uma delas com suas particularidades e prerrogativas. Os poderes constituídos assumem funções fundamentais para o desenvolvimento de um Estado mais democrático e promovedor de suas obrigações.

Ocorre que muito se contesta acerca da interferência do Poder Judiciário quando esta passa, para alguns de maneira exacerbada, a agir na busca pela realização dos direitos fundamentais ao decidir e orientar novas condutas.

4.2.1 Suposta violação ao princípio da tripartição dos poderes

A tripartição dos poderes teve papel revolucionário ao estabelecer uma quebra nos modelos absolutistas, onde o Estado era detentor de toda supremacia, figurando como único provedor da ordem. A nova função assumida pelos entes constituídos foi responsável por moldar novos paradigmas e estabelecer uma política administrativa descentralizada, autônoma e, conseqüentemente, criando um sistema que tivesse como primazia uma sociedade mais justa e igualitária, livre das imposições abusivas do poder estatal.

Sabe-se que uma das características que faz parte dessa estruturação é o de trabalharem conjunta e harmonicamente entre si, e ainda, realizar o controle mútuo de suas ações. Para tanto, fazendo uso do mecanismo de freios e contrapesos dissertado na obra “Os Federalistas” de 1787, como já dito em seção anterior.

São muitos os questionamentos dirigidos a essa problemática, fazendo surgir várias críticas, sob a alegação de que excessos podem romper o princípio da separação dos poderes, dando principal enfoque à autonomia nas ações revisionais, em que o juiz se manifesta nos processos a ele destinados. Nesse sentido, afirma-se que cada um dos poderes constituídos deve assumir seu posto de forma individualizada, suscitando tão somente aquilo que lhe compete.

Por outro lado, deve-se levar em consideração que a Constituição brasileira veda contundentemente a omissão do Judiciário sob qualquer alegação, o que torna ambas as teses passíveis de uma ampla reflexão, pois é notada a necessidade de que se possa chegar a uma conciliação e evitar qualquer prejuízo na efetivação de direitos. Importa frisar que tais circunstâncias culminam no crescimento do número de lides que são destinadas ao Judiciário.

Em defesa ao ativismo judicial ainda se diz que o Judiciário seria uma instância com papel suplementar ao exercer, em suas decisões, a ideia de dignidade da pessoa humana.

Dito isto, seria necessário, antes de mais nada, indagar as condições e os motivos pelos quais o ativismo judicial foi suscitado, os momentos históricos e as transformações pelas quais passou no decorrer do tempo, e a partir disto reconhecer sua pretensão incontestável de conduzir o Estado na aplicação das políticas e planos governamentais que se almejam, através de decisões fundadas e em princípios e regras constitucionais, defendidas na própria Constituição.

É inegável que a modernidade trouxe consigo várias mudanças, principalmente as sofridas pelo crescimento e desenvolvimento das sociedades, que por sua vez passaram a exigir um maior dispêndio, acarretando na urgente necessidade de agir do Estado sem que haja qualquer prejuízo às carências que emanam da população.

4.2.2 Falta de caráter representativo do Poder Judiciário

Conforme já foi dito, um dos pilares do princípio da repartição de poderes está no fato de que cada um dos entes tem claramente definidas suas prerrogativas e exerce autonomamente sua representatividade perante a sociedade. De forma exclusiva, o Estado tutelou ao Poder Judiciário a aplicação da lei sempre que este for provocado, conforme vislumbra a Constituição Federal brasileira quando cita a inafastabilidade da função jurisdicional.

Além disso, lhes é conferida a missão de intervir para que se produzam os efeitos necessários para concretização dos direitos dos cidadãos. Em que pese sua representatividade e participação dentro do processo democrático, deve-se entender que, opostamente àqueles que compõe os outros poderes, executivo e Legislativo, os magistrados não são representantes escolhidos através do voto popular, são funcionários públicos de carreira e admitidos através de concurso público específicos

que os conduzem ao cargo. É justamente aí que se encontra uma suposta limitação, posto que o Poder Judiciário não goza das mesmas prerrogativas dos demais poderes.

Contrariando tal posição, afirmando não se justificar a atribuição desse caráter contramajoritário ao Poder Judiciário, sentencia Jean Carlos Dias:¹⁸

Naturalmente, isso não significa que caiba aos tribunais eleger os meios de ação política e os objetivos que se pretendem alcançar, mas, sobretudo, permitir que, nas disputas a respeito, a base para a análise de um conflito desloque-se do campo puramente político fundado na preocupação eleitoral e passe para o campo jurídico, tendo em vista a observância dos direitos e deveres consagrados no âmbito legal e constitucional. Essa possibilidade é claramente desejável quando uma política acaba por conflitar-se com um direito fundamental.

Ainda mais precisa é a conclusão de Carlos Ayres Brito:¹⁹

Uma coisa é governar (que o governo pode fazer). Outra coisa é impedir o desgoverno (que o judiciário pode e tem que fazer). É como falar: o Judiciário não tem do governo a função, mas tem do governo a força. A força de impedir o desgoverno, que será tanto pior quanto resultante do desrespeito à constituição.

Resta-se concluir que a legitimidade do Poder Judiciário é de natureza incontestável, principalmente quando junto às omissões estatais, vem corrigir as decisões governamentais que suprimem interesses individuais, pois o cidadão deve ser reconhecido como titular de direitos próprios, que também é responsável por integrar um ideal democrático.

4.2.3 Implicações danosas em relação à organização orçamentaria estatal

Com o surgimento do Estado social, novas práticas foram acolhidas no que diz respeito à maneira de atuação estatal, principalmente relacionadas à ordem econômica e à ordem social. Esses novos contornos passaram a direcionar o Estado na efetivação de políticas públicas e, conseqüentemente, em contemplar os direitos de segunda geração, os direitos sociais.

¹⁸ **DIAS**, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo. Método. 2007. p. 158-159.

¹⁹ **BRITTO**, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 117-118.

Como menciona Giacomoni:²⁰

O orçamento constituía-se em uma fórmula eficaz de controle, pois colocava frente a frente as despesas e as receitas. Na época, os impostos eram autorizados anualmente, o que permitia uma verificação crítica mais rigorosa das despesas a serem custeadas com a receita proveniente desses impostos.

Se anterior a essas mudanças o Estado se preocupava apenas com a previsão de suas receitas e em autorizar as despesas necessárias, num novo momento passa a exercer um empenho voltado para o agir positivo por parte da administração pública, ao executar políticas públicas.

Denota-se hoje existir uma linha tênue entre políticas públicas, tratado em tópico anterior e orçamento público, como assim menciona Régis Fernandes de Oliveira:²¹

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas.

A Constituição de 1988 trouxe consigo novas leis de diretrizes orçamentárias que passaram a guiar a administração em relação à utilização dos recursos públicos, inclusive permitindo que toda população possa acompanhar onde serão realizadas as execuções de ordem financeira, incluindo os investimentos e gastos com o erário.

São eles, o Plano Plurianual (PPA)²², projeto orquestrado pela administração e que envolve os programas, objetivos, ações e metas que serão concretizadas durante os quatro anos de mandato do chefe do executivo, porém, passivo de anuência por parte das casas legislativas para só depois sofrer sua sanção.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)²³, não possui o mesmo alcance do plano plurianual, pois tem a particularidade de tratar tão somente as diretrizes responsáveis por definir as prioridades que deverão ser executadas por período máximo de um ano.

²⁰ GIACOMONI, James. **Orçamento Público**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 64.

²¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006, p. 243.

²² OLIVEIRA, Edmar. **Orçamento público: PPA LDO LOA - Tudo que você precisa saber**. Disponível em: <<http://direitonarede.com/orcamento-publico-ppa-ldo-e-loa-tudo-que-voce-precisa-saber/>> Acesso em: 23 de mai. 2018.

²³ *Idem*

E, por último, a Lei Orçamentária Anual (LOA)²⁴, trata da fixação das receitas e despesas que irão proporcionar reger os projetos governamentais e para tanto deverá seguir um rito, ordenando as despesas que deverão estar previstas no orçamento, de tal forma que nenhuma outra prestação poderá ser realizada, exceto se por determinação legal, sob pena de responsabilização do gestor público.

A PPA e a LDO ficam sujeitas à apreciação e eventuais ajustes por parte do Legislativo, devendo estas obedecer aos prazos necessários para suas efetivações, conforme os termos do art. 165, § 4º da Constituição Federal, e a LDO deverá estar em harmonia com o PPA, nos termos do art. 166, § 4º da Constituição.

Embora as leis orçamentárias tenham o objetivo de determinar como se darão todos os custos com os programas de governo, as decisões provenientes das demandas de judicialização à saúde causam fortes impactos nos projetos orçamentários e oneram a programação inicial das políticas de governo.

De acordo com os dados do relatório, Justiça em Números²⁵ (2017), publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o número total de processos que envolvem a judicialização da saúde, em relação ao ano de 2017 (ano-base 2016), obtiveram um significativo aumento de 49% em relação às estatísticas dos mesmos tipos de processos divulgados no relatório de 2016 (ano-base 2015), onde a maior parte dos gastos com medicamentos judicializados do Ministério da Saúde refere-se a itens não incorporados ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Exposto esse cenário, resta afirmar que o fenômeno da judicialização da saúde contribui excessivamente para a incorporação de valores não programados ao orçamento do Estado. Por outro lado, tem sido responsável por materializar as políticas de saúde, bem como os procedimentos necessários à efetivação dos direitos positivados na Constituição brasileira.

5 O ATIVISMO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

A judicialização do direito à saúde tem se constituído num fenômeno corriqueiro, pois a atuação dos órgãos judiciários tem se mostrado cada vez mais necessária frente às omissões do Estado. No contexto brasileiro, em particular, o

²⁴ *Idem*

²⁵ SANTOS, Carolina Regina dos **Judicialização da saúde no Brasil em números**. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>> Acesso em 23 de mai. 2018.

papel ativo do STF ao concretizar as garantias fundamentais, favorece sobretudo as minorias e efetiva as expectativas de direitos através de políticas públicas e a disponibilização dos tratamentos necessários à recuperação do indivíduo.

Evidentemente que essa nova ordem trouxe alguns questionamentos, afinal o tema é passível de controvérsias em face das discussões que envolvem, não apenas a política, mas também os campos jurídico e econômico.

5.1 RESERVA DO POSSÍVEL X MÍNIMO EXISTENCIAL

O termo reserva do possível, ou reserva do financeiramente possível, foi pela primeira vez utilizada em um Tribunal Alemão, por volta dos anos 70, conforme descreve Gilmar Mendes:²⁶

A reserva do possível está ligada à famosa decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão, que versou sobre o número de vagas nas universidades do país e o fato de a liberdade de escolha de profissão ficar sem valor caso inexistentes as condições fáticas para sua efetiva fruição. Assentou-se, então, que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à reserva do possível, enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais.

Para que o Estado possa pôr em prática qualquer política governamental, se faz indispensável a alocação de vários recursos, sejam eles de ordem financeira, material ou humana. Ocorre que em muitos casos o próprio Estado se declara impossibilitado de concretizar determinado pleito, justamente sob a alegação de não haver provimentos suficientes para atender às demandas.

Certamente, não se pode desprezar as limitações de recursos decorrentes das condições econômicas estatais. Por outro lado, admitir que esse discurso contínuo de que há escassez ou limite de capital seja justificativa todas as vezes em que o Estado for interpelado judicialmente, pode apresentar de forma demasiada uma sensação de insegurança jurídica e enorme prejuízo à ordem constitucional.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p 676.

Para Luís Manuel Fonseca Pires,²⁷a teoria da reserva do possível se desmembra em dois aspectos, os fáticos e jurídicos. Acerca dos fáticos justifica-se a limitação do Estado em implementar políticas públicas devido à carência de recursos, já os jurídicos dividem-se em três, o primeiro diz respeito aos gastos públicos dependerem de previsão orçamentaria de forma antecipada; o segundo se refere à teoria da repartição dos poderes, não sendo possível admitir-se ações do Judiciário no campo do Executivo ou Legislativo, e um terceiro viés faz menção ao que se chama de limitação ao controle judicial, já que estes não são escolhidos através de voto popular.

De fato, o tema é bastante problemático, e mais ainda, quando se aborda a delicada matéria que é o direito à saúde, que se traduz como condição mínima à observância de direitos fundamentais.

Por fim, chega-se à conclusão que ao buscar efetivar determinada pretensão há de se levar em conta a prudência, ponderar entre aquilo que é exequível e o que é inteiramente necessário, afinal, a teoria da reserva do possível vai além da simples declaração de indisponibilidade de recursos, envolve elementos ligados às necessidades e ao bem estar da pessoa humana, não esquecendo do cuidado que se deve ter na observância de outros critérios, os quais são essenciais na análise de todo processo de avaliação, como por exemplo a condição econômica daquele que busca medidas do Poder Judiciário.

5.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Durante todo o presente trabalho, muito se falou acerca dos direitos sociais e sua íntima ligação com os temas ativismo judicial e a judicialização da saúde, observando-se, de forma acentuada, a necessidade real da atuação do Poder Judiciário e sua relação com a efetivação das políticas públicas.

Ultimamente tais medidas tem sido efetivadas tomando como base o entendimento atual do STF na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45²⁸, na qual o relator, Ministro Celso De Mello, considerou que, embora o

²⁷ PIRES, Luís Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 288-289.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma.

agir do Poder Judiciário deva alcançar a excepcionalidade, esta excepcionalidade deverá obedecer limites, pois o exercício da atividade jurisdicional não pode ser inerte, ou seja, não há de se falar em espontaneidade por parte dos órgãos jurisdicionais, caso constatada violação em relação ao mínimo existencial.

[...] que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Percebe-se na atual conjuntura uma flagrante postura no agir do Poder Judiciário direcionada a providenciar as demandas necessárias à satisfação dos direitos fundamentais, motivo pelo qual constata-se a relevância de exemplificar alguns posicionamentos jurisprudenciais, principalmente no que diz respeito às decisões que envolvem a assistência à saúde por parte da União, Estados e Municípios. Segue-se então algumas decisões dos tribunais superiores.

O Recurso Especial nº 1657156/RJ²⁹, de relatoria do ministro Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018, apresenta o pedido de tutela, que fora acolhido em decisão monocrática pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro condenando o município de Nilópolis e o Estado do Rio de Janeiro, por pessoa acometida de glaucoma crônico bilateral, que caso não tratado ou tratado de forma inadequada pode levar à cegueira, exigindo, portanto, o uso constante de colírios pela vida inteira, pois não tem cura. O receituário médico, prescrito por profissional vinculado ao sistema único de saúde, ministra o uso de três tipos de colírios específicos para o tratamento da doença.

Ocorre que o argumento utilizado pelo recorrente é de que os medicamentos não se encontram no rol dos fármacos incorporados em atos normativos do SUS, inviabilizando assim o seu fornecimento. No mesmo pedido, o Estado do Rio de

Informativo STF, Brasília, 13 de nov. de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>> Acesso em 06 jun. 2018

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ministro Benedito Gonçalves REsp: 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509?ref=juris-tabs>> Acesso em: 07 jun. 2018

Janeiro, solicita a substituição do medicamento indicado, pelo médico responsável, por outros de eficácia similar.

Conforme jurisprudência atualmente assentada, para fazer jus ao tratamento desejado deve-se comprovar, através de laudo comprobatório de profissional responsável pelo tratamento do paciente, a real necessidade do uso daquele insumo, e antecedendo este critério, a comprovação da inviabilidade econômica da pessoa enferma em arcar com os custos de determinado fármaco que venha a assegurar sua saúde e bem-estar.

O atual recurso, embora guarde certa similaridade com decisões de repercussão geral tratadas anteriormente pelo STF, como por exemplo, o RE 657.718/MG e o RE 566.471/RN, que tratam respectivamente acerca dos medicamentos não aprovados na ANVISA e aos medicamentos de alto custo, a RE 1657156/RJ vai mais além, examina tanto o fornecimento de medicamento não incorporado ao Sistema Único de Saúde – SUS, por meio de seus atos normativos, ou seja, pode estar ou não aprovado pela ANVISA, como também o fato de ser, ou não, de alto custo tornando-a de natureza ainda mais complexa.

A fundamentação da decisão de não conceder provimento ao recurso pautou-se na obrigatoriedade do ente público em fornecer medicamentos necessários ao tratamento, mesmo estes não estando na lista do SUS, deixando de admitir a possibilidade de substituição de fármaco, salvo comprovada a eficácia de outro medicamento de natureza similar, o que, em sua visão, não afronta preceitos de ordem constitucional.

Declara ainda não haver motivo para se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, já que a função do Poder Judiciário é de intervir ativamente no intuito de garantir a implementação de políticas públicas, o que tem ocorrido notadamente como no caso em análise em que se busca a tutela do direito à saúde. “A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes”.

Assevera ainda em seu parecer que, conforme a Constituição Federal³⁰ em seu art. 196:

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2018.

[...] 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

No caso seguinte, apresenta-se o agravo de instrumento nº 20170090960/RN³¹ interposto pelo município de Umarizal, Rio Grande do Norte, contra decisão em primeira instância que concedeu pedido de tutela antecipada, em caráter de urgência, para tratamento de patologia causadora de crises de epilepsia que sofre uma criança de 6 anos de idade, a qual necessita de três tipos de medicamentos para uso regular, da medicação e do tratamento médico descritos na inicial (Carbamazepina 2%, Metronidazol e Clobazam 10mg). A agravante denota que a responsabilidade de fornecimento de medicamentos excepcionais e especiais é de atribuição do Estado do Rio Grande do Norte, consoante Portaria nº 3.916/1998 do Ministério da Saúde, e, portanto, não pode assumir o tratamento pleiteado.

Em sua decisão, a corte nega o pedido de suspensão do julgamento inicial, suscitando o que preceitua a Constituição Federal no tocante às responsabilidades em comum da União, Estado e Município, conforme Lei nº 8.080/90, acerca da descentralização político-administrativa, firmando que todos os entes do governo assumem a obrigação junto à população de oferecer meios para o tratamento à saúde, posição firmada anteriormente no mesmo Tribunal.

Quanto à contestação sobre os laudos prescritos pelo médico não afirmarem categoricamente a existência de risco a vida, o que analisa a corte são as consequências que podem acarretar a não utilização regular dos medicamentos necessários para o tratamento, podendo tal ausência causar sérios danos à saúde do paciente. Frisa ainda a instância superior a urgência no fornecimento do medicamento, em virtude dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Por último apresenta-se recurso extraordinário impetrado pela Procuradoria Geral do Distrito Federal contra decisão que reconheceu a responsabilidade solidária

³¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. AI: 20170090960 RN, Relator: Desembargador Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 28/11/2017, 2ª Câmara Cível).Disponível em:<<https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/527254945/agravo-de-instrumento-com-suspensividade-ai-20170090960-rn?ref=serp> > Acesso em: 10 jun. 2018

entre os entes federados. Em análise do caso ora apresentado, ARE 906562³², enfatiza-se a reafirmação da responsabilidade mútua dos entes federados, de tal forma que não se admite a qualquer um deles se auto julgar insuficiente para atender determinada demanda, ou seja, é conduta obrigatória satisfazer às necessidades apresentadas, assim, a solidariedade é característica fundamental e esse entendimento já se encontra pacificado pelo STF.

Sintetiza ainda que o Estado deve se obrigar a atender às demandas recorrentes do direito à saúde, eximindo-se de adotar o caráter programático admitido na Constituição Federal, viabilizando a implementação de políticas públicas que tenham pretensões de atingir metas assistenciais de recuperação e tratamento à saúde.

Outra questão debatida diz respeito à hipotética violação do princípio da tripartição de poderes, verifica-se que tal alegação não pode ser óbice quando o objetivo maior trata da efetivação das garantias constitucionais, principalmente no que diz respeito ao direito à saúde.

Por fim, é harmônica a ideia de que o Estado tem o dever de prover meios para cancelar os direitos sociais prestacionais, sobretudo as pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes para custear determinado tratamento, sendo estes argumentos necessários para se negar o provimento do recurso ensejado.

6 CONCLUSÃO

Conforme proposto, o presente trabalho tratou acerca do ativismo judicial e suas peculiaridades, dando ênfase à judicialização da saúde. Antes de tentar sentenciar ser absoluta qualquer posição se faz necessário entender que não se trata de matéria simples, ao contrário, merece total cautela em suas análises em razão das suas muitas e diferentes concepções.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a observação sobre vários ditames da Carta Magna, com destaque aos direitos fundamentais, o que facilitou a

³² BRASIL. Superior Tribunal Federal ARE 906562, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/08/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 01/09/2015 PUBLIC 02/09/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+906562%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/odknfg2>> Acesso em 12 jun. 2018.

assimilação de alguns aspectos que contribuíram para as mudanças sofridas pela sociedade, principalmente no tocante ao seu desenvolvimento a partir das conquistas de garantias até então inexistentes no cenário da coletividade.

Atenuou algumas eventuais dúvidas que pudessem existir em relação às funções estatais, que se encontram subdivididas pelos três poderes, Executivo na concretização das ações necessárias à efetivação dos direitos sociais, o Legislativo de organizar o sistema normativo e o Judiciário de intermediar os eventuais litígios provenientes das expectativas de direitos não concretizados.

Partindo-se da abordagem acerca das funções estatais, procurou-se destacar qual o papel estabelecido pela Constituição Federal em relação aos três Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Discutiu-se também o fenômeno jurídico do ativismo judicial, tratando-se acerca dos seus elementos caracterizadores, de modo que se pudesse compreendê-lo em sua completude.

Por fim, discutiu-se sobre o ativismo judicial em matéria de saúde pública, objeto central da presente pesquisa. Nesse contexto, foram apresentados os principais pontos controvertidos em relação à matéria, caracterizados na suposta violação ao princípio da tripartição de poderes, na ausência de caráter representativo do Poder Judiciário e as implicações danosas em relação à organização orçamentária estatal.

Ao se analisar algumas estatísticas, ficou comprovado o constante crescimento tanto no número de ações, quanto dos excedentes financeiros provenientes dos efeitos vinculantes das decisões judiciais em desfavor do Estado.

Sobre o ativismo, conclui-se que, na contramão do positivismo jurídico, tal prática se constituiu, inicialmente, na apropriação subjetiva e exercício ilegítimo de um poder sobre os demais dentro da tripartição proposta por Montesquieu. No entanto, o que se percebe é que não há outro caminho a seguir que não seja a intervenção por parte do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. Afinal, além de não ser facultado valorar a conveniência de agir ou não, tem sido última ferramenta de esperança para tornar acessível os direitos sociais dos que almejam aqueles que buscam a prestação de determinado interesse.

A partir da análise jurisprudencial e doutrinária dos Tribunais Recursais, conclui-se que existe por vezes uma crescente preocupação com as questões pertinentes à implementação de políticas públicas de saúde.

A realidade revela que a judicialização do direito à saúde ocorre, quase sempre, em demandas individuais, assim percebe-se que as decisões judiciais que envolvem o direito à saúde devem não só equilibrar as questões atinentes aos princípios orçamentários, mas também ponderar sob aspectos relevantes a vida e a saúde individual e coletiva considerada, à luz dos princípios da universalidade e isonomia, que regem o Sistema Único de Saúde.

Acredita-se, portanto, que este trabalho contribui para o enriquecimento das discussões que são oportunas à judicialização da saúde e o ativismo judicial, que por sinal, estão longe de serem conclusivas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2009 Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>

Acesso em: 02 de maio de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 30 de março de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 01 de abril de 2018.

BRASIL. **Código de processo civil de 2015**: promulgada em 16 de março de 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso

em: 05 de abril de 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 06 de abril de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 30 de abril de 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF**. Relator: Celso de Mello – Segunda Turma. Informativo STF, Brasília, 13 de nov. de 2014. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>>

Acesso em 06 jun. 2018

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. AI: 20170090960 RN, Relator: Desembargador Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 28/11/2017, 2ª Câmara Cível). Disponível em:<<https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/527254945/agravo-de-instrumento-com-suspensividade-ai-20170090960-rn?ref=serp>>

> Acesso em: 07 jun. 2018

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Ministro Benedito Gonçalves **REsp: 1657156** RJ 2017/0025629-7, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 25/04/2018, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509?ref=juris-tabs>> Acesso em: 07 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal **ARE 906562**, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 20/08/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 01/09/2015 PUBLIC 02/09/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+906562%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/odknfg2>> Acesso em 12 jun. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011 p. 564-571-583.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 117-118.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.241.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1969. p.37.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo. Método. 2007. p. 158-159. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.4).

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Apresentação: Isaac Kramnick; Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 350.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 428

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.p 676-1006.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. Livro XI, Cap. VI 1748. p.167-168.

OLIVEIRA, Edmar. **Orçamento público: PPA LDO LOA-Tudo que você precisa saber**. Disponível em: <<http://direitonarede.com/orcamento-publico-ppa-ldo-e-loa-tudo-que-voce-precisa-saber/>> Acesso em: 23 de maio de 2018

PIRES, Luís Manoel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 288-289

RONCALLI, Angelo Giuseppe. **O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a construção do sistema único de saúde.** In: Pinheiro AC, organizador. *Odontologia em saúde coletiva: planejando ações e promovendo saúde.* Porto Alegre RS: Artimed: 2003. Cap.2, p.28-49.

SANTOS, Carolina Regina dos. **Judicialização da saúde no Brasil em números.** Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>> Acesso em 23 de mai. 2018.

STRECK, Lênio Luís. *OAB in foco*, Uberlândia, ano 4, n. 20, p. 15, ago/set. 2009. Disponível em: <http://www.oabuberlandia.org.br/Revista_OAB20.pdf> Acesso em: 05 maio 2018.