

ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO TOCANTE ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

THE JUDICIARY AND THE PUBLIC HEALTH POLICIES

Wilson Medeiros Pereira¹

Juiz Federal

RESUMO: Os desdobramentos da judicialização das políticas públicas, principalmente na área da saúde, promovem uma releitura da separação dos Poderes. Legitimidade de atuação do Poder Judiciário e reflexos político-orçamentários desta interferência.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização; Judiciário; poderes; saúde; política; legitimidade.

ABSTRACT: *The consequence of the judicialization of public policy, especially in health, result in another comprehension about of the separation of Powers. Legitimacy of the actions of Judiciary Power and their political and budgetary implications.*

KEYWORDS: *Judicialization; Judiciary; powers; health; policy; legitimacy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama da tripartição dos poderes; 2 Pers-

pectiva dos direitos sociais como desdobramentos dos direitos fundamentais; 3 Fundamentos da judicialização; 4 Legitimidade da atuação do Poder Judiciário em outras arenas; 5 Reflexos da judicialização no Brasil; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Overview of the tripartite powers; 2 The social rights as consequence of fundamental rights; 3 Foundations of adjudication; 4 Legitimacy of action of the Judiciary in other fields; 5 Consequence of adjudication in Brazil; Final remarks; References.*

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o direito à saúde foi guindado ao *status* de direito fundamental.

¹ Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá, Minter Unesa/FG (Rio de Janeiro/Brasil).

Em um primeiro momento, entendiam doutrina e jurisprudência que o direito sanitário configurava uma norma de caráter programático. Posteriormente, face à ineficiência das políticas públicas e/ou a omissão governamental, as questões ligadas às políticas públicas de saúde passaram a ser levadas ao Poder Judiciário.

Esse novo cenário trouxe à tona grandes discussões, sobretudo quando as decisões judiciais começaram a obrigar o Poder Público a arcar com procedimentos e tratamentos médicos, na grande maioria de alto custo e fora das previsões orçamentárias.

Como consequência lógica e imediata, o fenômeno da judicialização da saúde faz gerar algumas controvérsias, notadamente quando se percorre uma análise mais global, do ponto de vista do aspecto coletivo das políticas públicas e não do atendimento de um só indivíduo.

No presente artigo será feito um panorama da tripartição dos Poderes da República, verificando os sintomas daí decorrentes. A seguir, pontuar-se-á sobre a perspectiva dos direitos sociais como desdobramentos dos direitos fundamentais, bem como a respeito dos fundamentos da judicialização, enquadrando-a no contexto teórico, e sua aplicação no Direito brasileiro, indicando seus pontos favoráveis e os desfavoráveis.

1 PANORAMA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Nas últimas décadas, o Poder Judiciário brasileiro tem sido palco de inúmeras questões e debates variados, sendo que alguns deles seriam mais apropriados em terreno político.

Tomando alguns exemplos, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu sobre a quantidade de Vereadores em Câmaras Municipais²; concedeu liminar alterando o modo de tramitação da análise de vetos no Congresso Nacional³; arvorou em promover uma reeleitura da Constituição ao compilar reflexos civis da união homoafetiva⁴; determinou que a União arcasse com tratamento médico

² Recurso Extraordinário nº 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe 07.05.2004.

³ Mandado de Segurança nº 31.816/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.12.2012.

⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe 14.10.2011.

de um paciente em hospital estrangeiro⁵. Entre outros, estes são exemplos de atuação mais agressiva do Poder Judiciário.

Quando há supervalorização de um Poder, algo está errado na República. De acordo com o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si. A partir da teoria do *check and balance* ocorre o fenômeno do controle dos excessos.

A teoria da tripartição dos Poderes vem sofrendo diversas conformações. Não se fala mais em separação absoluta, por ser impraticável e inaceitável⁶. Peter Haberle afirma que o princípio cunhado por Montesquieu é relativamente aberto, como é aberta a própria história da evolução do Estado Constitucional. Haberle sugere, ainda, a ideia de equilíbrio de Poderes, limitação e controles mútuos⁷.

A separação dos Poderes assume ares de eixo central de um Estado Constitucional que vem prevista na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 16: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Nesta perspectiva, cada Poder conta com seu campo específico de atuação.

A propósito das atribuições dos Poderes, é certo que cada um desempenha as chamadas funções típicas e atípicas, estas quando exercem a atribuição de outro, em casos excepcionais. As funções atípicas encontram amparo na Lei Maior; contudo, quando exacerbadas, intranquila a República.

Do ponto de vista de legitimação social, tem-se o Legislativo e Executivo com maior performance de legitimidade, pois seus membros são eleitos pelo povo. Nos dizeres de Haberle⁸, o Legislativo representa a diversidade popular e figura como um espelho da nação. Neste Poder reside o lócus para as controvérsias políticas, representam a pluralidade de ideias trazidas ou levantadas pela sociedade.

⁵ Recurso Extraordinário nº 368.564/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 10.08.2011.

⁶ TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 169.

⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. p 330-333.

⁸ Op. cit., p. 339.

Ao Executivo atribui-se a tarefa de promover a organização da esfera administrativa. Sua missão consiste em filtrar os anseios da sociedade, transformando-os em respostas coerentes a satisfazer a demanda social.

Haberle aduz que o Judiciário se divorciou do pensamento de que o juiz é apenas “*la bouche de la loi*”. Pugna-se por uma atuação mais pró-ativa ou criativa.

Quando um Poder imiscui no outro, quer por ingerência, quer por negligência deste outro, o foco de discussão é por demais complexo.

Analisando a pauta de discussão do Congresso Nacional, tem-se que a maioria das matérias tratadas é de autoria do Poder Executivo Federal. Consequentemente, a Presidência da República domina e determina a atuação do Parlamento, que vai se tornando em mero chancelador das iniciativas do Executivo.

O excessivo número de medidas provisórias pode significar exagero por parte do Executivo, mas também indica que o Legislativo não desempenha sua missão de forma satisfatória.

Fazendo uma análise *an passam* da Constituição, verifica-se a necessidade de edição de aproximadamente uma centena de normas regulamentadoras. Como o Legislativo se abstém de seu mister, os outros Poderes acabam por exercê-lo.

Um dos pontos nos quais a separação dos Poderes é revisitada diz respeito à implementação de políticas públicas na seara dos direitos sociais. Como é propositadamente propalada pelos gestores públicos, a garantia dos direitos sociais ou positivos requer a alocação de recursos públicos.

Antes de abordar esta questão especificamente, mister se faz percorrer a uma verificação dos direitos sociais como reflexos dos direitos fundamentais.

2 PERSPECTIVA DOS DIREITOS SOCIAIS COMO DESDOBRAMENTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão direitos humanos não é pacífica nas legislações e nem entre os doutrinadores. Grocio, Pufendorf, Hobbes, Locke e Kant usavam a expressão “direitos naturais”, “direitos inatos” ou “originários”. No mundo moderno, falam em “direitos humanos” ou “direitos do homem” com algumas diferenciações. Na França, emprega-se “liberdades públicas” ou “liberdades individuais”. Do

ponto de vista conceitual, compreende os direitos com validade para todos os povos, de todas as tribos e nações, ainda que não escritos⁹.

Discute-se a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos. No sentido filosófico, direitos fundamentais são aqueles que reconhecem e garantem a qualidade de pessoa ao ser humano. Para a doutrina alemã, além desta configuração, precisam tais direitos estar positivados no direito pátrio. Neste viés, podem existir direitos humanos além do direito positivo; contudo, só haveria direitos fundamentais após sua positivação¹⁰.

Direitos humanos não são criados pelos Estados, cabendo a estes tão somente reconhecer aqueles direitos. Do contrário, o Estado poderia suprimir, alterar ou deixar de reconhecer os direitos humanos, o que é um verdadeiro disparate lógico e doutrinário¹¹.

Na doutrina alemã, a característica de universalidade dos direitos humanos não é estendida aos direitos que dependem de uma atuação positiva do Estado, tais como os direitos sociais. Neste ponto, Barretto sugere que os direitos sociais devem ser compreendidos como direitos essenciais e observância obrigatória; logo, direitos fundamentais, cognominados de direitos fundamentais sociais¹².

Doutrina e jurisprudência costumam creditar aos direitos sociais normas de caráter programático, desprovidas de uma efetividade prática imediata.

Vicente de Paulo Barretto propõe uma releitura desta questão, considerando os direitos sociais como direitos fundamentais, ao lado das liberdades. Do ponto de vista conceitual e de reconhecimento das garantias dos direitos humanos tem-se que resultam de um progressivo amadurecimento histórico.

Os direitos sociais não se destinam à reparação de injustiças, ou apresentando características de caridade ou doação gratuita, mas ostentam o “caráter de exigência moral como condição de sua normatividade”¹³, figurando um novo paradigma.

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7-8.

¹⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 216.

¹¹ Op. cit., p. 216.

¹² Idem.

¹³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 207.

A efetividade dos direitos sociais encontra diversas barreiras, notadamente pela ideia de não enxergá-los como direitos fundamentais. Destituídos desta característica, sua efetividade fica a depender de vários outros condicionantes, tais como reserva orçamentária ou implementação de política pública.

De acordo com Barreto, muitas das críticas feitas aos direitos sociais têm origem na própria fundamentação e justificação desses direitos, pois a perspectiva está centrada tão somente na propriedade e na liberdade de mercado. A primeira falácia diz respeito à análise dos direitos sociais como sendo de segunda ordem, “pois não participam do momento fundador do estado de direito, que foi estruturado em função e para assegurar preliminarmente, os direitos civis e políticos”¹⁴. Contra este argumento, aduz que a salvaguarda dos direitos civis e políticos pressupõem, necessariamente, a observância simultânea dos direitos fundamentais.

O segundo argumento sustenta que os direitos sociais somente têm cabimento em sede de uma economia forte, uma vez que as prestações sociais exigem muito investimento. A seguir este pensamento, apenas as nações ricas poderiam bancar as políticas públicas. Obviamente, qualquer atuação do Poder Público requer investimento; entretanto, promover o bem comum é missão do Estado. O cumprimento deste objetivo é diretamente ligado à ideologia adotada na administração da res pública.

Outro argumento consiste na afirmação de que o custo dos direitos sociais extrapola os orçamentos. É a ideia da reserva do possível. Não se contesta a limitação dos recursos públicos, mas a análise deve ser global, inclusive nos gastos para se garantir os direitos civis e políticos. Para Barretto, a superação deste impasse pressupõe que os direitos sociais passem a ser vistos com uma fundamentação racional e ética, tal como aquela que se dá aos direitos civis e políticos¹⁵.

Fazendo um paralelo entre cidadania e dignidade da pessoa humana, Barreto pontua que o indivíduo, para se sentir partícipe da sociedade, esta deve também preocupar-se e factibilizar a ele uma sobrevivência digna.

Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como

¹⁴ Op. cit., p. 212.

¹⁵ Idem, p. 214-215.

membro, inclusive, através da garantia de seus direitos políticos básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna.¹⁶

3 FUNDAMENTOS DA JUDICIALIZAÇÃO

As exigências sociais são enormes e infundáveis, enquanto os recursos públicos são finitos e insuficientes ao custeio de todas as necessidades. Esta situação traz em cena o confronto do chamado mínimo existencial e da reserva do possível.

Discorrer sobre o mínimo existencial exige a compreensão dos desdobramentos da dignidade da pessoa humana, não sendo coerente o estudo fragmentado.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, dignidade da pessoa humana compreende

[...] 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.¹⁷

Não há um conceito fechado ou conclusivo para o mínimo existencial. Ricardo Lobo Torres¹⁸ sugere que o tripé saúde, educação e alimentação deve necessariamente ser entendido como o conjunto absolutamente necessário para o ser humano.

¹⁶ Idem, p. 221.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 133.

Os direitos prestacionais, como a saúde, implicam em custos. Logo, a alocação de recursos financeiros para esta finalidade envolve decisões severas, seja por parte do julgador, do legislador ou do administrador público.

Conforme ensinam os Professores Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁹, o exercício de qualquer direito, inclusive os negativos, envolve recursos públicos.

Isso desmonta a ideia ultrapassada de que os direitos de primeira dimensão independem de qualquer gasto pelo Estado. Figuram de primeira dimensão os chamados direitos negativos, os quais pressupõem um *non facere* ou *non praestare* do Estado, entre os quais as liberdades e a propriedade privada. Contudo, consoante aventado por Holmes e Sunstein, para se garantir o exercício dos direitos, em quaisquer das dimensões, é mister a atuação do Poder Público. A título de exemplo, para se garantir a concretização e manutenção do direito à propriedade privada, um grande aparato governamental é acionado, como fiscais, bombeiros, policiais, magistrados, os quais são agentes remunerados pelos cofres públicos.

Até os direitos políticos e os da cidadania dependem de recursos públicos. Registre-se, por exemplo, os gastos efetivados pela Justiça Eleitoral no primeiro turno das eleições de 2010 no Brasil, que custaram ao Poder Público aproximadamente R\$ 480 milhões de reais²⁰.

No tocante às políticas públicas, é sabido que estas são previstas em orçamentos votados e aprovados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Regra geral, somente podem ser executadas as despesas constantes na lei orçamentária anual. Eventuais realocações ou redistribuições de recursos podem gerar transtornos na execução orçamentária.

Quando uma decisão judicial determina ao ente público (União, Estado-membro, Distrito Federal ou Município) a aquisição de medicamento ou o pagamento de tratamento médico de alto custo para um indivíduo (autor da ação judicial), o cumprimento deste mandado judicial poderá desestabilizar a gestão do orçamento.

Tendo em vista o afastamento da ideia de separação dos Poderes de forma absoluta, vê-se afluir verdadeiros mecanismos de interferência entre os Poderes constituídos.

¹⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

²⁰ Disponível em: <<http://agencia.tse.gov.br/sadAdmAgencia/noticiaSearch.do?acao=get&id=1335470>>.

Na esfera judiciária, tal fenômeno é cognominado de “judicialização da política” ou “politização do Judiciário”. É preciso investigar se esta mudança de paradigma se dá em virtude da atuação exacerbada do Judiciário ou se pela timidez/inação do Legislativo. De toda sorte, tem-se por necessária a autocontenção exercida (*judicial self restraint*) pelo próprio Judiciário.

É de bom alvitre estabelecer as diferenças entre ativismo judicial e judicialização. O primeiro inclui uma atuação mais incisiva, de forma progressiva ou conservadora, em assuntos mais complexos e de forma geral atinentes a outras esferas. A judicialização, por sua vez, deflui de desdobramentos diferentes. Milton Augusto e José Ribas abordam sobre as proximidades dos institutos, mas esclarecem suas diferenças:

O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão de comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreciam a transferência decisória do eixo do Poder Legislativo para o Poder Judiciário.²¹

Luís Roberto Barroso pontua que a judicialização surge em razão de outras causas:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o judiciário seja a instância decisória de certas questões

²¹ NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA et al. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 353-366.

polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável da sociedade.²²

Dissertando sobre a atuação do Poder Judiciário, Victor Ferreres²³ sugere quatro fatores que provocam o ativismo judicial:

- a) O processo de seleção dos juízes e o tempo do seu ofício contribuem para que os membros da magistratura não fiquem preocupados com possíveis reações contrárias da população.
- b) Quando o processo de alteração da Constituição não é muito rígido ou complexo, os juízes tendem a se sentirem mais livres na interpretação, uma vez que o Parlamento poderá mudar o texto constitucional em oposição ao entendimento esposado na jurisprudência.
- c) Doutrina do precedente. A interpretação conferida pela Suprema Corte a respeito de uma determinada lei reflete e influencia todo o sistema jurisdicional.
- d) Quanto mais abrangente for a Constituição, maior será a possibilidade de se encontrar um princípio para opor à validade de uma lei.

4 LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM OUTRAS ARENAS

Discute-se muito se o Poder Judiciário poderia rever a decisão tomada pelo Legislativo ou Executivo.

Jeremy Waldron²⁴ divide a revisão judicial em forte e fraca. No sistema de revisão forte, os Tribunais podem recusar a aplicação de uma lei em um caso particular, modificar o efeito de um estatuto para conformá-lo com os direitos individuais. Em síntese, afastam completamente uma legislação, em que pese esta ser muita clara. É o que ocorre nos tribunais europeus.

No sistema fraco de revisão judicial, os Tribunais podem analisar a legislação e aventar sua incompatibilidade, porém não devem recusar sua

²² Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

²³ CORNELLA, Víctor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. In: *Los límites da democracia*, 2005.

²⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

aplicação, pois reflexamente configuraria violação dos direitos. Apesar de não ser possível negar sua aplicação, o reconhecimento desta incompatibilidade autoriza o desencadeamento do processo legislativo mais acelerado para remediar o aludido descompasso da legislação.

Os defensores da revisão judicial indicam como ponto positivo o fato de os juízes não sofrerem as pressões populares, não precisarem de votos para ser eleitos e reeleitos. Mesmo onde os membros do Judiciário não são eleitos, o tratamento da população para com os juízes é diferente da arena do Legislativo.

Citando Lon Fuller, Waldron²⁵ aduz que os Tribunais não são o fórum adequado para discussão e decisões de caráter multifacetadas. As decisões judiciais, regra geral, estribam em análises de caráter binário.

Outro argumento combatido é a afirmação de que as decisões judiciais são mais humanas, pois os julgadores têm por parâmetro o indivíduo como foco da legislação, em uma espécie de personificação da legislação do no caso concreto. Waldron aduz que tal perspectiva é um mito, pois com a avalanche de recursos para as Cortes superiores o caráter da individualização desaparece por completo, pois a questão passa a ser vista de forma abstrata. Pontua, ainda, que o processo legislativo é aberto a consideração de casos individuais, mediante a atuação de *lobby*, audiências públicas e/ou debates. E conclui o raciocínio dizendo: *“It seems to me that legislatures are much better positioned to mount an assessment of the significance of an individual case in relation to a general issue of rights that affects millions and affects them in many different ways”*²⁶.

Em sede de conclusão, Waldron afirma ser a revisão judicial inadequada para sociedades democráticas. O fato de discordar de direitos não significa não levá-los a sério.

Por outro lado, deve-se pontuar que, em diversas situações, os membros do Legislativo se absterem de decidir ou regulamentar questões polêmicas e impopulares. Esse quadro faz ensejar a atuação do Judiciário. Em terreno pátrio, tal realidade é facilmente comprovada pelo comportamento do Congresso Nacional brasileiro quando deixam de legislar sobre a regularização das áreas indígenas, união homoafetiva, entre outras.

²⁵ Idem.

²⁶ Tradução: “Parece-me que os legisladores estão muito melhores posicionados para montar uma avaliação do significado de um caso individual, em relação a uma questão geral dos direitos que afeta milhões de pessoas e afeta-las em muitas e diferentes maneiras”.

5 REFLEXOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL

No campo das políticas públicas, há muito foi abandonada a ideia de que os direitos previstos na Constituição são puramente programáticos, não sendo viável sua exigência de imediato. Registre-se que, em um primeiro momento, o STF cedia ao argumento de que a Constituição estabelecera um programa de direitos e que estes seriam aplicados a partir da implementação das políticas públicas. Talvez pelo decorrer dos anos e a Constituição vigente ter se tornado mais madura, diante da inação do legislador infraconstitucional e do administrador público, a Suprema Corte alterou seu entendimento, passando à interpretação de que os direitos são de exigência imediata.

Segundo Luís Roberto Barroso, o fenômeno da judicialização guarda sintonia com a ideia da efetividade nas normas constitucionais. Para ele, esta doutrina pressupõe

[...] elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas crônicas disfunções da formação nacional, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento.²⁷

A partir de 1988, o Brasil passou a conviver com a judicialização de diversas questões que outrora estavam restritas aos Poderes Legislativo e Executivo. Tal fenômeno é explicado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e pela ampliação da jurisdição constitucional, o que trouxe para o Poder Judiciário a tarefa de resolver assuntos de grandes repercussões, entre os quais a efetivação das políticas públicas.

Nos últimos anos, percebe-se um significativo aumento da demanda no Poder Judiciário com ações atinentes à saúde pública, com pedidos de medicamentos ou medicações não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

A este fenômeno a doutrina nomeia de judicialização da política e, mais especificamente, judicialização do acesso à saúde. Denomina-se judicialização a

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. Efetividade a judicialização excessiva: direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-9287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

crescente provocação do Judiciário para decidir questões que, *a priori*, são afetas aos outros Poderes.

Obviamente, o acesso à justiça é consentâneo com um Estado Democrático, não sendo compatível com um modelo autoritário. Nesse sentido, pontuam Cappelletti e Garth: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁸.

Na perspectiva pátria, a ideia de judicialização, segundo alguns doutrinadores, teve início com a formatação do acesso das classes menos favorecidas aos serviços jurídicos, factibilizada pela Lei nº 1.060/1950, que dispunha sobre a gratuidade de justiça aos necessitados. Posteriormente, surgem o Código de Defesa do Consumidor e a Lei dos Juizados Especiais de pequenas causas²⁹.

5.1 PONTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À JUDICIALIZAÇÃO

A judicialização da saúde traz seus vieses positivos e negativos. Por um lado, garante ao cidadão um direito ligado à sua dignidade humana. Se assim não fosse, as normas constitucionais teriam efeito apenas nominativo, sem qualquer eficácia social.

Sedimentando e justificando a atuação mais pró-ativa dos magistrados, assevera Mauro Cappelletti³⁰:

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade,

²⁸ Cappelletti e Garth apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 8.

²⁹ Motta apud REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. Op. cit., p. 9.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, o Ministro Celso de Mello defendeu a atuação do Judiciário nas políticas públicas, ainda que em situações excepcionais, quando os órgãos estatais competentes não derem o efetivo cumprimento dos encargos políticos jurídicos, e, conseqüentemente, comprometerem a eficácia e efetividade dos direitos individuais e coletivos³¹.

Os que pensam em contrário aduzem que a judicialização das políticas públicas pode significar tratamento desigual para com os cidadãos e, fundamentalmente, que o ativismo judicial configura ingerência ilegítima do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e Legislativo, solapando a harmonia que deve existir entre eles.

A judicialização parece, em uma primeira análise, atender à demanda levada ao Judiciário, garantindo-se o direito fundamental do autor da ação; entretanto, em uma perspectiva global, fracassa ou fragiliza os planejamentos que são orquestrados para abrangência coletiva. Ademais, as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Público buscam atender ao caráter preventivo de patologias, ao passo que, na grande maioria dos casos, os provimentos jurisdicionais determinam medidas curativas, destituídas de cunho profilático.

Em que pese necessária em determinadas situações, a judicialização das políticas públicas de saúde traz problemas à gestão governamental. Quando uma decisão judicial determina o fornecimento de um medicamento de alto custo para um indivíduo, esse gasto refletirá na diminuição de assistência às demais pessoas.

A judicialização do acesso à saúde traz à tona desdobramento sobre o cumprimento do princípio da isonomia. Algumas indagações são pertinentes: Quem são os destinatários dos direitos sociais? Apenas os que acionarem o Judiciário? Qual o parâmetro que o juiz utilizará para deferir um pedido desta natureza? Está o magistrado legitimado a tomar a decisão de quem tem o direito à saúde?

³¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Publicação 04.05.2004.

Além destas questões, outras são encontradas no dia a dia forense, tais como pedido de fornecimento de medicamentos que não foram chancelados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, ou, ainda, pedidos lançados de má-fé e a partir de conluíus dos profissionais médicos particulares com laboratórios.

Promover a judicialização demonstra, reflexamente, a incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo de cumprirem seus misteres no tocante à tutela dos direitos sociais (segunda dimensão) garantidos na Constituição da República.

Luís Roberto Barroso defende a atuação do Judiciário nas políticas públicas de saúde, mas sustenta a necessidade de que a interferência seja com parcimônia e limites. Falando sobre distribuição de medicamento, esclareceu o autor:

[...] a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.³²

De forma clara, Barroso³³ sintetiza as críticas que são desferidas ao fenômeno da judicialização:

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

³² BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

³³ Op. cit.

- b) Complicação no arranjo institucional de competências na área da saúde. A Constituição de 1988 estabeleceu que o direito à saúde fosse promovido através de políticas sociais e econômicas, sendo tal tarefa do Poder Executivo, que tem a noção macro dos recursos disponíveis, e não do Judiciário, que, regra geral, decide com vista ao plano micro.
- c) Necessidade de legitimação democrática. As políticas públicas são desdobramentos de escolhas públicas. O detentor do poder – o povo – elege seus representantes e estes decidem quais os campos de atuações governamentais. Se o Legislativo e Executivo estabelecem as políticas prioritárias a serem atingidas, não cabe ao Judiciário redimensionar as escolhas políticas.
- d) Implicações da reserva do possível. As demandas sociais são infinitas e os recursos públicos finitos. A elaboração de um orçamento público jamais será compatível com a efetivação de todos os direitos.
- e) Desorganização da Administração Pública. A atuação governamental é baseada em políticas de grande escala, programas de atendimento integral. As decisões judiciais não consideram estes vetores ao serem prolatadas. Invariavelmente, um provimento jurisdicional provoca um transtorno administrativo, pois exigirá uma realocação de recursos.

O aumento das demandas judiciais na área da saúde é de tal monta, e as decisões judiciais passaram a interferir de forma significativa no cumprimento dos orçamentos públicos, que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, recomendando “aos Tribunais (estaduais e federais) a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”³⁴.

O propósito do CNJ é no sentido de fornecer aos magistrados um apoio técnico na área da saúde, e, por consequência, evitar, por exemplo, a determinação de fornecimento de medicamentos de alto custo quando existem outros de mesmo princípio ativo, de valor inferior, bem como de alertar aos juízes quando o medicamento pleiteado não tem registro na Anvisa.

³⁴ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-doconselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

Especificamente na questão do fornecimento de medicamentos, Luís Roberto Barroso³⁵ aponta alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial, seja em relação às ações individuais, seja nas coletivas.

O Poder Executivo, a partir de estudos técnicos, e sendo detentor da visão macro e gerencial, elabora as listas de medicamentos que atendem às necessidades prioritárias, tendo por base os recursos disponíveis. Os medicamentos não constantes nas listas devem ser entendidos como aqueles não escolhidos pelo povo – através de seus representantes. Este é um argumento da democracia. Nesta toada, ao Judiciário compete tão somente garantir o fornecimento dos medicamentos selecionados pelo Poder Público. Tanto o STF quanto o Superior Tribunal de Justiça já seguiram este entendimento³⁶.

Quanto às ações coletivas, pontua o constitucionalista que a alteração das listas de medicamentos disponíveis deve ser objeto de análise em sede de demandas coletivas. Apesar de não poder refazer as escolhas promovidas pelo Executivo e Legislativo, o Judiciário poderá afastar condutas abusivas³⁷.

Sob outro viés, Fábio Corrêa Souza de Oliveira entende que o Poder Judiciário participa da elaboração e efetivação das políticas públicas. Ressalta que esta participação não é da mesma forma que as dos outros Poderes, sendo que a análise deverá ser tópica. Segundo este professor, a referida atuação se sustenta no controle de jurisdição de duas maneiras: “1ª) quando determina àquele incumbido, se em omissão total, a construção ou realização de política pública, bem como o ajuste ou a correção de política já existente; 2ª) quando, por ato próprio, edifica e/ou implanta política pública”³⁸.

³⁵ BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

³⁶ STF, SS 3.073/RN, Rel^a Min. Ellen Gracie, DJU 14.02.2007; STJ, STA 59/SC, Rel. Min. Nilson Naves, DJU 02.02.2004.

³⁷ Ao final de seu parecer jurídico, pondera Barroso a respeito da atuação do Judiciário no fornecimento de medicamentos:

- a) O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.
- b) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.
- c) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.
- d) O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

³⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 418.

Em breve síntese, Fábio Oliveira sustenta que as políticas públicas devem ser encaradas como mecanismos para dar eficácia jurídica e social aos direitos fundamentais³⁹. Se a Constituição da República traça o catálogo de direitos, a implementação destes é consequência lógica, sendo que a ausência de condutas por parte do gestor público faz ensejar o envolvimento do Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade atual caminha para uma mudança de paradigmas. A visão montesquiana da tripartição dos Poderes deve ser revisitada. As crescentes demandas da sociedade exigem uma atuação mais célere dos Poderes da República.

O Judiciário não deve ser visto como órgão censor dos demais Poderes. Em que pese relativizada a separação dos Poderes, o campo de atuação de cada um deles continua existente e factível.

Guindado ao *status* de direito fundamental, o acesso à saúde é direito recorrentemente analisado pelo Judiciário, que, por sua vez, deve se guiar pela harmonia dos Poderes, porém sem desvencilhar do seu dogma de guardião das minorias, seio das decisões contra majoritárias.

A judicialização das políticas de saúde não ocorre por ingerência do Poder Judiciário, mas decorre da atuação tímida ou de pouca consistência do Poder Público.

A legitimação do administrador público e do legislador flui de suas escolhas através do voto popular. A eles são conferidas a autonomia e prerrogativas de se fazer as escolhas públicas, principalmente no tocante à implementação dos direitos determinados pela Constituição. Quando tais Poderes não cumprem seu mister, justifica-se a atuação jurisdicional, não como substituto legislativo ou administrativo, mas sim como garantidor do direito fundamental do cidadão.

Em razão da complexidade e dos rigores na aplicação dos recursos públicos, sobretudo pelo viés de política macro, ao Judiciário cabe uma atuação mais residual. As escolhas públicas são mais afetas ao Legislativo e Executivo, que são representantes diretos do povo. Excepcionalmente, justifica-se a atuação mais pró-ativa dos órgãos jurisdicionais, a fim de garantir a dignidade do ser humano.

³⁹ Op. cit., p. 419.

Regra geral, não se mostra plausível o Judiciário determinar o campo de implementação ou a modalidade de política pública a ser efetivada. Esta não é sua tarefa e nem encontra guarida constitucional. Todavia, em situações de excepcionalidade, notadamente diante da omissão abusiva ou do desvio de perspectiva dos demais Poderes, é forçoso que este quadro seja sindicado pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.); BARCELLOS, Ana Paula de et al. *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoesdo-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

CORNELLA, Víctor Ferreres. Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones acerca del activismo judicial. In: *Los límites da democracia*, 2005.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. São Paulo: Lua Nova, 2002.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”: pontos e contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA et al. *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. *Morte e vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REIS JUNIOR, Paulo Bianchi. A judicialização do acesso a medicamentos: a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado em Administração Pública. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Retórica e historicidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.