

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário

Judicial Activism and the Right to Health: judicialization of public policies of health and the impacts of judicial activism on Judiciary Branch

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário*

Judicial Activism and the Right to Health: judicialization of public policies of health and the impacts of judicial activism on Judiciary Branch

Fernanda Tercetti Nunes Pereira**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o ativismo judicial na efetivação do direito constitucional à saúde em confronto com o delineamento das políticas públicas de saúde e do planejamento das ações governamentais, ambos e competência do Poder Executivo, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988. Os governos dos entes da federação dispõem de instrumentos de planejamento de suas ações, cuja previsão, procedimentos e requisitos de elaboração também constam na Carta Magna. Um deles é a Lei Orçamentária Anual, que congrega as receitas (ingressos de recursos) e as despesas (saídas de recursos) públicas para um período de um ano. Observa-se, no entanto, um crescente número de decisões judiciais que determinam ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, em demandas individuais contra os entes da federação, prevendo, inclusive, multas pelo descumprimento. Isso enseja a imposição de gastos não contemplados no planejamento das ações governamentais, o que acarreta desequilíbrios nas contas públicas, além de desorganizar a atuação administrativa. Em última análise, essa postura ativista exacerbada do Poder Judiciário gera impactos negativos na condução das políticas públicas de saúde, além de comprometer o princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Direito à saúde. Poder executivo. Planejamento governamental. Ativismo judicial. Separação dos poderes.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyze the judicial activism related to the constitutional right to health together with the Executive Branch's constitutional competence to create public policies of health and to plan governmental actions. Each Political Entity in the Brazilian Federalism makes use of planning instruments, reckoned in the Federal Constitution, to elaborate their plan of governmental actions. One of these instruments is the Annual Budget Law, which forecasts every public incomes and expenses for a

* Artigo convidado.

** Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Membro docente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC/UniCEUB. Servidora Pública lotada no Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior no cargo de Analista Técnico Administrativo.

whole year in order to develop governmental actions planned. However, there is an increasing number of judicial decisions compelling the Executive Branch to grant medicines and medical treatments on individual lawsuits. This reality may threaten the government's budget since the Judiciary Branch imposes unforeseen expenses on the Executive Branch's planning. Therefore, it can be inferred that excessive judicial activism can lead to a negative impact on the execution of public policies of health and produce harmful effects on the principle of the separation of powers.

Keywords: Right to health. Executive branch. Governmental planning. Judicial activism. Separation of powers.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de analisar aspectos da judicialização das políticas públicas de saúde e a sua efetivação por meio de recorrentes decisões judiciais e os impactos negativos sobre as contas públicas, bem como sobre a atuação do Poder Executivo na condução dessas políticas, e em última análise, sobre os riscos de quebra do princípio da separação dos poderes.

O Poder Executivo atua junto à sociedade por meio de políticas públicas, cujos recursos para sua implementação são previamente planejados e delineados nas Leis Orçamentárias Anais, com base no juízo de discricionariedade do administrador público, aprovadas pelo Poder Legislativo. No caso das políticas públicas de saúde, os recursos são provenientes dos orçamentos da seguridade social de cada ente da Federação, conforme determina a Constituição Federal.

As decisões judiciais exaradas no intuito de efetivar o direito à saúde de demandantes individuais, contemplando o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, podem ser danosas quando não são considerados os impactos que podem causar nos orçamentos e na organização dos serviços públicos de saúde podem ser danosas.

Não se busca, neste trabalho, de maneira alguma, condenar a postura ativista do judiciário, e sim alertar para a necessidade de que essa atuação do Poder Judiciário se dê de maneira razoável, considerando as implicações que suas decisões podem ter na seara administrativa, cuidando para não invadir a esfera de competência do Poder Executivo, o que representa, em última análise, uma ameaça ao princípio da separação dos poderes.

2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à saúde na categoria dos direitos sociais, disposto logo no artigo 6º de seu texto, logo início do Capítulo II². Os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, têm por base o reconhecimento de desigualdades entre as pessoas, o que declama do Estado prestações positivas no intuito de proporcionar uma igualdade social.¹

Cabe ressaltar que a Carta Política, no artigo 194, dispôs que o direito à saúde, assim como à previdência e à assistência social serão assegurados pela seguridade social compreendida como um conjunto interligado de ações dos Poderes Públicos e da sociedade.² Mais adiante, o artigo 195 determina que toda a sociedade, de forma direta e indireta, deverá financiar a seguridade social será financiada por toda a sociedade, por meio

1 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 52.

2 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 194, *caput*.

de recursos consignados nos orçamentos de cada ente da federação e, também, por recursos provenientes de contribuições sociais.³

Ao tratar especificamente sobre o direito à saúde, a Carta Política dispõe no artigo 196 que:

“Art. 196. 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.”⁴ (Grifo nosso)

Assim, verifica-se que “[...] a saúde é direito subjetivo de todos os indivíduos e há de ser prestada pelo Estado”⁵ e, além disso, “[...] deverá ser garantido aos seus titulares mediante políticas públicas sociais e econômicas”⁶. Nessa linha, o artigo 198 da Carta prevê que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”⁷, devendo esse sistema ser estruturado conforme as diretrizes da descentralização — porém com direção única em cada esfera de governo —, do atendimento integral e da participação da comunidade.⁸

Sob essas disposições constitucionais foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, custeado conforme as regras de financiamento da seguridade social dispostas no artigo 195 da Lei Fundamental, e precipuamente com recursos oriundos dos orçamentos da seguridade social a União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁹. O parágrafo segundo do artigo 198 prevê que todos os entes da federação deverão aplicar, anualmente, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais sobre certas fontes de receitas em ações e serviços públicos de saúde, percentuais esses a serem estabelecidos por Lei Complementar.

Vislumbra-se que, ao tratar do direito à saúde, a Lei Fundamental consignou a sua efetivação à implementação de políticas públicas, a serem custeadas com recursos oriundos do orçamento da seguridade social. Para uma melhor compreensão do tema, faremos uma breve análise, em linhas gerais, sobre o planejamento das ações governamentais e a dinâmica dos recursos para fazer face à implementação de políticas públicas.

3. O PLANEJAMENTO DAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS: BREVES CONSIDERAÇÕES

Conforme visto anteriormente, o artigo 196 da Constituição Federal determina que a saúde, direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida por meio de políticas públicas sociais e econômicas.

Albuquerque et al explicam que a atuação estatal se dá por intermédio da apropriação dos recursos e distribuição da riqueza e que o planejamento das ações do Estado, como meio e intervir na sociedade ou na economia, pode ser estruturado de diferentes maneiras.¹⁰ Entende-se por planejamento “[...] o conjunto de ações desenvolvidas, de forma sistemática e continuada, com o objetivo de selecionar os meios disponíveis mais adequados para a realização de resultados definidos previamente do modo mais eficiente.”¹¹

3 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 195, *caput*.

4 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 196, *caput*.

5 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 53.

6 MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

7 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 198, *caput*.

8 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. incisos I, II e III.

9 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 198, § 1º.

10 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 115.

11 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas*

Segundo o Professor Glauber Mota, o instrumento por meio do qual se materializa um planejamento, estabelecendo-se de maneira discriminada as fontes e aplicações de recursos, é o orçamento.¹² Na seara pública, o governo planeja as suas ações consignando-as no orçamento público, que é, em síntese, é um documento que dá autorização para se receber e gastar recursos financeiros.¹³ Nas palavras do autor, o orçamento público é um ato normativo:

“[...] que estabelece um conjunto de ações a serem realizadas, durante um período de tempo determinado, estimando o montante das fontes de recursos a serem arrecadados pelos órgãos e entidades públicas e fixando o montante de recursos a serem aplicados pelos mesmos na consecução dos seus programas de trabalho, a fim de manter ou ampliar os serviços públicos, bem como realizar obras que atendam as necessidades da população.”¹⁴

Explicam Albuquerque et al que a Constituição Federal de 1988 – CF/88 instituiu o Plano Plurianual – PPA como instrumento de planejamento definidor dos objetivos, diretrizes e metas da Administração Pública Federal para o período de quatro anos, que compreende todos os recursos do Estado, organizando o gasto de maneira a gerar os melhores resultados possíveis¹⁵. Essa organização dos gastos se dá por meio de programas, que se concretizam por meio de ações; ambos os programas e as ações são detalhamentos do PPA¹⁶.

Ademais, a CF/88 instituiu, também, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, que estabelece, dentre os programas do PPA, quais terão prioridade na programação e execução do orçamento, bem como disciplina a elaboração e a execução dos orçamentos.¹⁷ Nesse sentido, Mota assim esclarece:

“Quando a lei de diretrizes orçamentárias define **prioridades e metas da administração pública federal** está elegendo, dentro do leque de centenas de programas aprovados no plano plurianual, aqueles que devem ter prioridade de execução sobre os demais, além de estabelecer a meta física para o exercício financeiro.”¹⁸

Outro instrumento de planejamento é a Lei Orçamentária Anual – LOA, tida como a “[...] expressão monetária dos recursos que deverão ser mobilizados, no ano específico de sua vigência, para execução das políticas públicas e do programa de trabalho do governo”.¹⁹ Em outros termos, “[...] é o orçamento que garante o gerenciamento anual das origens e aplicações de recursos, é nele que se definem os montantes de recursos como serão aplicados pela administração pública”²⁰. Assim, a LOA é a lei que vincula o instrumento de planejamento que contém a previsão das receitas (origem dos recursos) a serem arrecadadas no exercício financeiro, bem como a fixação das despesas (aplicações dos recursos) a serem gastas ao longo do ano a que se refere. Isto permite que sejam verificados “[...] quais ingressos financeiros podem ser inseridos na lei de orçamento como fonte de recursos para dar cobertura aos dispêndios financeiros.”²¹

de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 114.

12 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

13 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

14 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

15 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 127-128.

16 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 23.

17 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 163.

18 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 26.

19 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 190.

20 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 189.

21 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 18.

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar as finanças públicas, traz diversos artigos sobre a matéria, estabelecendo no artigo 165 que os instrumentos de planejamento aqui mencionados, quais sejam o PPA, a LDO e a LOA, são leis de iniciativa do Poder Executivo²². Vale ressaltar que, sendo leis, vinculam toda a atuação administrativa, dado o princípio constitucional da legalidade, previsto no artigo 37, *caput*, da Lei Fundamental. Celso Antônio Bandeira de Mello entende a expressão *legalidade* como “[...] conformidade à lei e [...] normas que, com base nela, a Administração expeça para regular mais estritamente sua própria discricção.”²³ Na visão do administrativista, a Administração está vinculada não só à lei em sentido estrito, mas também a outros normativos que venham a ser editados, decorrentes das leis, pela própria Administração para regular os procedimentos para a efetivação das leis.²⁴

Retornando-se à disciplina constitucional das finanças públicas, o § 9º desse mesmo artigo 165 estabelece que Lei Complementar disporá sobre os procedimentos de elaboração e organização desses instrumentos de planejamento. No entanto, até o presente momento esta Lei não foi elaborada e, desse modo, o § 2º, do artigo 35, do Ato das Disposições Transitórias – ADCT determinou os prazos para encaminhamento desses Projetos de Lei ao Poder Legislativo.

Após o encaminhamento dos projetos de lei relativos ao PPA, à LDO e à LOA por parte do Poder Executivo ao Poder Legislativo, informa o artigo 166 da Constituição Federal que eles serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. Após a apreciação, são devolvidos para sanção presidencial, considerando-se os prazos estabelecidos no § 2º do artigo 35 do ADCT.

A doutrina esclarece que essas leis que veiculam o planejamento das ações governamentais, em especial a Lei Orçamentária Anual, devem seguir certos princípios previstos na legislação, com o intuito de estabelecer “[...] parâmetros gerais para elaboração e execução do orçamento.”²⁵ Para os fins deste trabalho, interessa conhecer brevemente o teor dos princípios da especificação e do equilíbrio.

Pelo princípio da especificação impõe-se que as aplicações de recursos, ou seja as despesas, sejam consignadas no orçamento de forma detalhada, evitando-se assim que haja autorizações de despesas globais. Assim, a classificação das despesas deve apresentar “[...] um nível de desagregação tal que facilite a análise por parte das pessoas, de tal forma que se possa saber, de forma detalhada, a origem dos recursos e sua aplicação”²⁶ Esse princípio se verifica no parágrafo 1º do artigo 15 da Lei nº 4.320/64, um dos normativos que disciplina, em âmbito infraconstitucional, as finanças públicas:

“ Art. 15. Na Lei de Orçamento a discriminação da despesa far-se-á *no mínimo* por elementos.

§ 1º Entende-se por elementos o desdobramento da despesa com pessoal, material, serviços, obras e outros meios de que se serve a administração pública para consecução dos seus fins.”²⁷

Na visão do Professor Glauber Mota, a especificação das despesas permite que haja “[...] um maior controle pormenorizado acerca da execução do orçamento”²⁸, além de contribuir para uma maior transparência dos gastos públicos, dado que permite uma verificação mais clara e específica de cada despesa.

22 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 165 e incisos.

23 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 76.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

25 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 29.

26 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 197.

27 BRASIL. Presidência da República. Lei nº 4.320 de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 mar. 1964, Seção 1.

28 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 32.

Já o princípio do equilíbrio prevê, em linhas gerais, que o valor das despesas fixadas no orçamento não deva ultrapassar o valor das receitas nele previstas para arrecadação no exercício financeiro em questão.²⁹ Representa, em verdade, importante mecanismo de controle dos gastos do Poder Público, bem como da dívida pública.³⁰

Retornando às considerações os instrumentos de planejamento das ações governamentais, especificamente sobre as ações para promoção do direito à saúde, verificou-se que esse direito será assegurado pela seguridade social. Pois bem, o § 5º, do artigo 165 da Carta Política dispõe que a Lei Orçamentária Anual se subdivide em três orçamentos:

“§ 5º – A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III – o **orçamento da seguridade social**, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.”³¹ (Grifo nosso)

Portanto, a seguridade possui um orçamento específico, em que são consignadas as origens de recursos (receitas) e as aplicações desses recursos (despesas) para a execução das ações voltadas à promoção da saúde, da previdência e da assistência social.

Verifica-se que esses instrumentos, responsáveis por nortear a atuação administrativa no sentido da consecução dos programas de governo, são o produto de um planejamento decidido politicamente pelo Poder Executivo, que propõe os projetos dessas leis, e pelo Poder Legislativo, que os aprecia e os restitui ao Poder Executivo para sanção presidencial. Portanto é um ato normativo de cunho político-administrativo desses dois Poderes. Ressalta-se que cada ente federativo deve elaborar os seus instrumentos de planejamento. Sendo assim, a União, os Estados, os Municípios e do Distrito Federal possuem, cada um, as suas Leis Orçamentárias Anuais. Logo, cada ente tem o seu orçamento da seguridade social.

4. O DIREITO À SAÚDE NA ARENA JUDICIAL

Atualmente, na questão do direito à saúde, verifica-se um grande número de ações ajuizadas nos diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, buscando tutela jurídica para o fornecimento de medicamentos, para o tratamento de doenças, para a realização cirúrgicas, dentre outros.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, no AgRg em Recurso Especial nº 1.291.883 – PI³², no qual a União havia agravado contra o Ministério Público Federal em face de decisão do STJ que entendeu ser “[...] possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para o fim de obrigá-la

29 ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008. p. 200.

30 MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009. p. 34.

31 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. Art. 165, § 5º e incisos.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Recurso Especial n. 1.291.883-PI*. Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1291883_PI_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEwX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ca398152717bb458bb53ed47c0c8>. Acesso em: 29 ago. 2014.

ao fornecimento de medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para tal fim, ou até mesmo proceder-se a bloqueio de verbas públicas.” O agravo interposto fora indeferido.

O relator, Ministro Castro Meira, trouxe em seu voto diversos precedentes do próprio Tribunal, dentre os quais:

“4. Todavia, em situações de inconciliável conflito entre o direito fundamental à saúde e o regime de impenhorabilidade dos bens públicos, prevalece o primeiro sobre o segundo. Sendo urgente e impostergável a aquisição do medicamento, sob pena de grave comprometimento da saúde do demandante, não se pode ter por ilegítima, ante a omissão do agente estatal responsável, **a determinação judicial do bloqueio de verbas públicas como meio de efetivação do direito prevalente.**

5. Recurso especial parcialmente provido (REsp 840.912/RS, Rel. Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/4/2007, p. 236).

[...]

3. **A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.**

4. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, **pode fixar as astreintes contra a Fazenda Pública, com o objetivo de forçá-la ao adimplemento da obrigação de fazer no prazo estipulado.**

5. Recurso especial conhecido em parte e improvido (REsp 904.204/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 1º/3/2007, p. 263).” **33** (grifo nosso)

O Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, ao julgar o Agravo de Instrumento, interposto em face de decisão de primeira instância que determinou ao Jundiá/SP o fornecimento de medicamentos para tratamento da Diabetes Mellitus Tipo 2 ao autor da ação, portador da doença. O Município agravante alegou que os recursos que ingressam no Município se destinam ao tratamento de doenças específicas “[...] e que quando a Prefeitura é obrigada a custear tratamento de competência hierárquica do Estado, está, na verdade, se utilizando de verba que no futuro irá fazer falta, dificultando o tratamento digno daqueles que necessitarem.”³⁴

No julgamento do Agravo, esse Tribunal destacou a responsabilidade solidária dos entes federativos na efetivação do direito à saúde e, quanto à alegação do Município de insuficiência de recursos:

“A questão da impossibilidade de meios, ou seja, de recursos para custeio desse encargo só poderia ser conhecida diante da inexistência absoluta deles, que não é o caso dos autos, nenhuma alegação e muito menos demonstração existindo para justificar essa hipótese. Padronização de fornecimento generalizado desses insumos pelo SUS e outras maneiras de acesso são procedimentos de ordem administrativa que embora tenham pertinência com o resultado efetivo no atendimento da população em geral, não elidem o caso concreto, sendo especialmente particulares as suas circunstâncias.”³⁵

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Recursos Especial n. 1.291.883-PI*. Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1291883_PI_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEwX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ca398152717bb458bb53ed47c0c8>. Acesso em: 29 ago. 2014.

34 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1I1Y%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4>. Acesso em: 29 ago. 2014.

35 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1I1Y%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXC MBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Muitos Tribunais são partidários do mesmo entendimento sobre a solidariedade dos entes federativos na prestação de obrigações relacionadas ao direito à saúde, bem como o descabimento de alegações de restrições orçamentárias. A exemplo, o julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0394.13.010441-4/001, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. O recurso foi interposto em face de decisão de primeira instância da Comarca de Manhuaçu/MG que determinou o fornecimento de medicamento, em caráter liminar, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais). O Município agravante alegou que:

“[...] a caixa do medicamento supra citado, com 28 (vinte e oito) comprimidos, custará aos cofres públicos R\$ 10.692,64 (dez mil seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e quatro centavos) apesar de não garantir a cura da moléstia, sendo apenas um paliativo. Alega que o Município não está obrigado a disponibilizar medicamentos que não se encontrem inseridos dentro da relação básica do SUS, sobretudo quando inexistir comprovação da eficiência do fármaco prescrito e quando restar comprometido o orçamento municipal, pois que o valor do medicamento objeto da decisão guerreada daria para custear 139 (cento e trinta e nove) pessoas. [...] Informa que medicamentos especiais ou que não constem da Farmácia Básica e do Remume, como é o caso dos autos, devem ser fornecidos diretamente pelo Estado em solidariedade com o Ministério da Saúde, sendo de sua competência e atribuição o financiamento destas ações de saúde inexistindo, portanto, obrigação a ser cumprida pelo Município de Manhuaçu.”³⁶

O TJMG, em sua decisão indeferiu o recurso, não se manifestando sobre a alegação do Município sobre os impactos orçamentários decorrentes do fornecimento do aludido medicamento. Por outro lado, o Tribunal destacou a solidariedade entre os entes federativos na efetivação o direito à saúde:

“No que toca ao direito do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e da União. E, tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação ou a determinado ente específico, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. A relação obrigacional que conduz à legitimação do requerido decorre da previsão do art. 23, II, da Constituição Federal, que, como visto, estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública. [...] O serviço deve ser prestado por todas as esferas da federação, cumprindo aos responsáveis atuar em regime de colaboração e cooperação.”³⁷

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT enfrentou questão envolvendo a temática, a qual originou-se de ação de rito ordinário com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por particular em face do Distrito Federal, visando “[...] obrigar o réu a internar o autor em UTI, com suporte neurocirúrgico na rede pública e na falta desta, em UTI da rede privada e, nesse caso, a arcar com as despesas médicas e hospitalares decorrentes de sua internação.”³⁸ O pedido de antecipação de tutela foi deferido em primeira instância “[...] para determinar ao DF que internasse o autor em UTI, em Hospital Público ou Particular conveniado à rede pública, na ausência de vagas nas unidades da Secretaria de Estado de Saúde, ofertando-lhe atendimento integral.”

sKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4>. Acesso em: 29 ago. 2014.

36 SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0d9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOWRT1IY%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4>. Acesso em: 29 ago. 2014.

37 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. *AI n. 1.0394.13.010441-4/001*. Quarta Câmara Cível. Agravante: Município de Munhaçu. Agravado: João de Paula Sathler. Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat. Minas Gerais, 20 fevereiro 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10394130104414001_4e39e.pdf?Signature=NqsBkG4HWtbzqze%2B%2FKCoA0UNh2E%3D&Expires=1409532977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5ac4b5ca393dfb684695d19b3ee489>. Acesso em: 29 ago. 2014.

38 DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito federal e Territórios. *Remessa de Ofício n. 20140110177689*. Terceira Turma Cível. Autor: Sérgio Murilo do Prado. Réu: Distrito Federal. Relator: Des. Alfeu Machado. Brasília, 25 agosto 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135836135/rmo-20140110177689/inteiro-teor-135836174>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Em sede de contestação, o DF alegou não ter havido violação do direito à saúde do autor e que “[...] a judicialização do tema envolvendo a internação em UTI vem gerando descontrole administrativo, assegura que muitas vezes ocorre ocupação dos leitos por paciente em situação menos crítica do que outros.” *Ipsis litteris*, o DF aduziu que:

“[...] as decisões judiciais específicas e pontuais privilegiam uns em detrimento de outros, muitas vezes em situações menos crítica, causando, assim, ofensa ao princípio da igualdade. Assevera que, em razão do orçamento limitado, é necessário eleger prioridades, com lastro nas principais necessidades da população local. Além disso, declara que em uma interpretação sistemática da **Constituição Federal** que erige princípios de equilíbrio orçamentário e atuarial e responsabilidade fiscal, conclui-se que o Estado deve garantir ao administrado o seu direito à saúde, mediante políticas públicas.”

O relator, monocraticamente, manteve a decisão inicial, colacionando lição de Pedro Lenza de que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 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.” Em sua decisão, o Desembargador decidiu que ao autor da ação:

“[...] assiste-lhe o direito, no exercício subjetivo público, à saúde que lhe é resguardado, devendo ser contemplado com internação em leito hospitalar da rede pública ou, se indisponível, da rede hospitalar privada a expensas do poder público, consoante ao disposto no artigo 207, inciso XXVI, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Desse modo, constatada a necessidade da internação em UTI (fl.09) e a inexistência de vagas em hospitais da rede pública (fl.11), correta a deliberação do juízo a quo ao determinar a internação do autor em leito de UTI na rede pública de saúde do Distrito Federal, com suporte que atenda as suas necessidades, seja na rede conveniada, ou particular. Nesse diapasão, observa-se que a legislação é uníssona ao incumbir ao Poder Público Distrital a obrigação de dar atendimento médico à população, oferecendo àqueles que não possuem condições financeiras de arcar com o seu tratamento o acesso efetivo à saúde, assegurando, assim, o que a Lei Orgânica do Distrito Federal expressamente afiança. A par disso, conquanto o direito à saúde trata-se de norma constitucional de caráter programático, é vedado ao Poder Público interpretá-la de modo a retirar sua efetividade, mormente diante de regulamentação efetivada pelo legislador infraconstitucional. [...] As constantes antecipações de tutela e suas confirmações posteriores deveriam ser levadas em consideração quando do planejamento dos orçamentos anuais direcionados à saúde, de maneira que não fosse necessária essa constante busca no judiciário por leito de UTI.”

O Tribunal Regional Federal da Terceira Região – TRF3, ao julga a Ação Civil Pública nº 29285-SP, movida em face da União, do Estado de São Paulo e do Município e São Paulo, solidariamente, visando o “[...] fornecimento gratuito e ininterrupto, aos portadores do vírus imunodeficiência humana (HIV) e doentes da síndrome da imunodeficiência humana — aids, de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, mesmo aqueles que não constarem da lista de fármacos fornecidos pelo SUS – Sistema Único de Saúde.”³⁹ Neste caso, a Terceira Turma o TRF3 assim decidiu:

“5 – Se o Estado deixar de agir ou agir de forma ineficaz para na prevenção ou reparação das lesões de tais direito, cumpre ao Poder Judiciário proceder à outorga da tutela, velando pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

6 – A ausência de previsão orçamentária em contraposição ao valor constitucional do direito à saúde, não prevalece, visto que na preponderância de tais valores, os princípios fundamentais do direito à vida e à saúde das pessoas se sobrepõe à regra de previsão orçamentária.”⁴⁰

39 BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública. *Ação Civil Pública n. 29285-SP*. Terceira Turma. Relator: Des. Fed. Nery Junior. São Paulo, 20 junho 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23556523/apelacao-civel-ac-29285-sp-0029285-1820014036100-trf3>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

40 BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública. *Ação Civil Pública n. 29285-SP*. Terceira Turma. Relator: Des. Fed. Nery Junior. São Paulo, 20 junho 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23556523/apelacao-civel-ac-29285-sp-0029285-1820014036100-trf3>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Pela leitura desses julgados, verifica-se uma forte tendência de judicialização das políticas públicas de promoção à saúde, no âmbito de todos os entes da Federação. A seguir iremos tratar do tema da judicialização e do ativismo judicial.

5. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Segundo Barroso, no Brasil, certas questões de grande repercussão social ou política têm sido decididas pelo Poder Judiciário.⁴¹ É o fenômeno da judicialização, que, segundo o autor, “[...] envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.”

O autor elenca três causas para o fenômeno: a redemocratização do país, tendo como emblema a promulgação da Constituição Federal de 1988, a tamanha abrangência da Constituição em temas de aglutinação de direitos em seu texto e a estruturação do sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, que congrega aspectos dos sistemas americano e europeu.

Com a redemocratização, as garantias da magistratura foram recuperadas e o Poder Judiciário se investiu de um “[...] um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.”⁴² Também, esse contexto democrático do pós militarismo trouxe novos ares à cidadania, permitindo uma maior circulação de informações na sociedade e uma conscientização dos direitos por parte dos cidadãos, que passaram, então, a reivindicar a proteção jurídica a seus interesses.⁴³

Também, a Constituição de 1988 abarcou em seu texto “[...] inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária.”⁴⁴ Explica o autor que quando um direito é disposto numa norma constitucional, se reveste de uma pretensão jurídica que pode ser reivindicada junto ao Judiciário, trazendo a matéria a debate no âmbito deste Poder do Estado.⁴⁵

Com relação ao sistema de controle de constitucionalidade pátrio, que mescla aspectos dos sistemas americano e europeu, Barroso afirma que:

“[...] desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas — as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais — podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.”⁴⁶

41 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276.

42 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 276-277.

43 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 277.

44 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

45 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

46 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de

Quanto ao ativismo judicial, Barroso afirma que ele está intimamente relacionado com o fenômeno da judicialização, porém não possuem a mesma origem. Na visão do autor, ao contrário da judicialização – que “[...] é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou”⁴⁷, o ativismo judicial “[...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁴⁸. No entender de Costa, o ativismo judicial “[...] é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos”⁴⁹.

Brauner considera o ativismo judicial como “[...] uma forma intersubjetiva de interpretar a Constituição, expandindo, ou, até mesmo, restringindo o seu sentido e alcance.”⁵⁰ Para Barroso, o ativismo judicial geralmente se instala quando o Poder Legislativo se encontra retraído, configurando um hiato entre a sociedade civil e os representantes eleitos, criando barreiras ao atendimento efetivo das demandas sociais. Desse modo, “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.”⁵¹

Moreira alerta para o fato de que, apesar da consagração do princípio democrático em nossa Constituição pátria, que teve o condão de emancipar politicamente o povo com a consagração do sufrágio universal, isso não foi suficiente para desenvolver a participação efetiva da sociedade, o que anuncia que a criação de instituições representativas não foi suficiente para uma democracia efetiva, que é, em essência, “[...] um exercício de aproximação; de diminuição de intervalos.”⁵²

Nesse sentido, Dobrowolski é favorável à postura ativa dos órgãos judiciais, entendendo que, hodiernamente, o Judiciário deve exercer não só uma função jurídica e técnica, necessitando ter um papel ativo e “[...] inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”⁵³. Não obstante, alerta para o cuidado que se deve ter para que o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, não usurpe funções constitucionalmente outorgadas aos Poderes Executivo e Legislativo. Em outras palavras, essa atuação alargada do Judiciário deve ocorrer sem que se transmute em um “governo de juizes”, devendo ser observadas a legislação e a separação dos poderes, do contrário “[...] não conseguirá controlar os excessos do Legislativo e do Executivo avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos superpoderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas.”⁵⁴

Segundo Barroso, o ativismo do Judiciário se revela por meio de diversas condutas, dentre elas:

“[...] (i) a aplicação direta da Constituição 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

Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 277-278.

47 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 279.

48 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

49 COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60. p. 52.

50 BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLETT, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624. p. 617.

51 BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLETT, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624. p. 279.

52 MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 141-142.

53 DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, dez. 1995. p. 99

54 DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, dez. 1995.

violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”⁵⁵

Com relação a essa última postura ativista do Judiciário, que é o que nos interessa para os fins deste trabalho, vimos anteriormente uma série de decisões judiciais impondo ao Poder Público a distribuição de medicamentos e tratamentos médicos.

Considerando-se o que foi exposto neste tópico, vislumbra-se que o Judiciário tem judicializado políticas públicas de saúde ao impor o fornecimento de medicamentos e tratamentos de doenças ao Poder Executivo, o que representa uma forte tendência ativista em seus julgamentos sobre a matéria.

6. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O LEVANTE ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO

Até este ponto, verificou-se que o direito à saúde foi inserido no rol dos direitos sociais, incumbindo o Poder Executivo de promovê-lo por meio de políticas públicas, a serem custeadas pelo orçamento da seguridade social, no âmbito de cada ente da Federação.

Analisou-se também a questão das finanças públicas, explanando, em linhas gerais, a dinâmica do planejamento dos recursos para implementação das ações governamentais, consubstanciada na elaboração de três instrumentos de planejamento: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), instrumentos consubstanciados em forma de lei que autorizam a execução de programas e a viabilização dos recursos para tal interim.

Com relação à LOA, que é o orçamento propriamente dito, sua elaboração é norteadas pelas diretrizes, metas e objetivos traçados no PPA e na LDO e o escopo de consignar as previsões de arrecadação de receitas e a fixação das despesas para o ano em questão, sendo composta de três orçamentos: o fiscal, o de investimentos e o da seguridade social, este último contemplando programas e ações relacionados à saúde.

Desse modo, a atuação do Poder Executivo se dá por intermédio de políticas públicas, destrinchadas em programas e ações, sendo os ingressos e as saídas de recursos previamente determinados e autorizados por meio de Leis: PPA, LDO e LOA, e o caso das políticas públicas de saúde não é diferente.

Conforme foi visto em tópico precedente, diversas ações judiciais têm imposto ao Poder Executivo, nos diferentes níveis de governo, o fornecimento de medicamentos, inclusive em caráter liminar, e o tratamento de doenças, sob pena de multa em caso de descumprimento. Revela-se, pois, uma judicialização de uma questão afeta ao Poder Executivo: políticas públicas de saúde. Nesse sentido, aproveitamos o questionamento de Bork, apresentado por Leal: considerando a “[...] natureza, alcance e impacto político e econômico das decisões judiciais, estariam elas pautando políticas públicas e gestão de interesses coletivos que competiriam aos demais poderes instituídos?”⁵⁶

Leal coloca que a relação entre política e direito é passível de harmonização, mas que é preciso perquirir “[...] quais os limites, a extensão e profundidade” da atuação do Judiciário, em outras palavras, “[...] a questão é em que medida a ação judicial incisiva sobre atos e comportamentos públicos e privados não exorbita dos quadrantes delimitadores de sua competência e invade a autonomia e independência das pessoas (físicas e jurídicas)?”⁵⁷

55 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 279.

56 BORK, Robert H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*. Washington: AEI Press, 2006. apud LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 19.

57 LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-

Os excertos das decisões judiciais vistas em tópico precedente permitem identificar uma intromissão do Poder Judiciário na execução do orçamento da seguridade social, a cargo do Poder Executivo. Em outras palavras, o Judiciário, ao impor a concessão de medicamentos e o tratamento de doenças a um indivíduo específico ignora as implicações de suas decisões nos orçamentos dos entes federativos, que, conforme se verificou em tópico específico, é uma lei planejadora dos ingressos e saídas de recursos para o período de um ano, autorizadora dos gastos públicos, que já têm finalidades previamente determinadas.

Ademais, não se pode olvidar o caráter vinculativo do orçamento, esclarecendo Carvalho que “As diversas disposições constitucionais, tais como os artigos 167 e 169, estabelecem todo o desenho das finanças públicas do ordenamento que deve ser respeitado, sob pena do colapso orçamentário estatal”.⁵⁸ Desse modo, a atuação do Poder Executivo está amarrada ao estabelecido nos instrumentos de planejamento que, consubstanciados em forma de lei, obrigam a sua observância quando da atuação estatal, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade que rege a atuação administrativa.

O ativismo judicial verificado nessa e em outras decisões judiciais nos levaria a inferir, conforme bem colocou Carvalho, que os órgãos judiciais possuem técnicas adequadas para bem diagnosticar os casos verdadeiramente merecedores de uma tutela satisfativa de urgência, mas que, no plano fático, esta análise acurada, que deve ser feita caso a caso, “[...] demandaria uma atividade cognitiva e opinativa das ciências médicas, o que raramente acontece na seara jurídica.”⁵⁹ Além disso, o autor coloca que “[...] o Judiciário analisa tais pedidos sem ao menos exigir a prévia requisição pelas vias administrativas, esvaziando a Administração de exercer sua defesa em prol do interesse público.”⁶⁰

Também, conforme aponta Barroso, nem sempre o juiz detém as informações, o tempo e o conhecimento necessário para avaliar as implicações de cada decisão proferida em demandas individuais sobre a prestação de um serviço público; tampouco é politicamente responsabilizado por eventuais escolhas desastrosas.⁶¹ No entendimento de Carvalho,

“[...] verifica-se a granel que, com o mero recebimento da vestibular e juntada de parcos e superficiais relatórios médicos, a medida antecipatória é concedida. [...]. Sem falar nas imensas repercussões financeiras de uma decisão logo no início do processo, que, ao garantir o resultado final, dificilmente está passível de conversão ou restabelecimento do *status quo ante*. Este tipo de tutela tem o custo deveras alto, cuja concessão deveria ser, em tese, com mais parcimônia.”⁶²

Nesse sentido, Barroso coloca que paralelamente às “intervenções necessárias e meritórias”⁶³, há um grande número de decisões “[...] extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde”⁶⁴, além de gerar uma “[...] desorgani-

americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

58 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 37.

59 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 27.

60 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 28.

61 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 287.

62 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 27.

63 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 287.

64 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290. p. 288.

zação da atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.”⁶⁵ Assim, o ônus dessas decisões judiciais ativistas voltadas para a promoção do direito à saúde fica todo para o Poder Executivo. Ainda segundo Carvalho,

“[...] a falta de critérios nestas concessões judiciais faz com que, na prática, a peça orçamentária no que tange à saúde torne-se mero exercício de futurologia, visto que a interferência das decisões judiciais passa a ser imprevisível até mesmo para o Administrador mais cauto.”⁶⁶

Relativamente à questão orçamentária, conforme visto em tópico específico, a elaboração e a execução do orçamento deve obedecer a alguns princípios, dentre eles o da especificação — que reza que as despesas devam ser fixadas no orçamento de maneira detalhada, de forma a evidenciar melhor o objeto do gasto e conferir maior transparência às contas públicas — e o do equilíbrio, que determina que deve haver um equilíbrio entre os ingressos e as saídas de recursos consignados no orçamento, dentro do exercício financeiro ao qual se refere.

Pois bem, a imposição ao Poder Executivo de fornecer medicamentos e realizar tratamentos médicos, feita por meio de decisões judiciais em contendas individuais, onera demasiadamente os orçamentos dos entes federativos, impactando o equilíbrio inicialmente previsto no orçamento, tendo em vista que cada despesa tem a sua rubrica classificatória específica, que está atrelada a um gasto com determinada ação de governo.

Além disto, o princípio da especificação impede que se realize uma despesa com destinação específica em outro gasto. Desse modo, quanto maior o número de decisões judiciais impelindo o governo a efetuar gastos não previstos na LOA, inclusive com a previsão de multas pelo descumprimento da determinação, maior será o impacto negativo à gestão das contas públicas feita pelo Poder Executivo, tendo em vista que o orçamento da seguridade social se revelará cada vez mais insuficiente para fazer frente ao volume crescente de gastos imprevistos com saúde, decorrentes das decisões judiciais.

Isso contribui, em última análise, para um descompasso entre os ingressos e os dispêndios de recursos do orçamento da seguridade social, tangendo na observância do princípio do equilíbrio orçamentário. A situação do gestor público se agrava ainda mais pelo fato de que a ele só é permitido agir nos termos da lei, dado o princípio da legalidade que rege a atuação administrativa. Sendo o orçamento anual uma lei, assim como os demais instrumentos de planejamento da ação governamental, o administrador somente está autorizado a realizar os gastos consignados conforme a LOA.

Assim, retome-se o entendimento do Desembargador do TJDFT visto anteriormente, no qual parece fazer uma sugestão sobre o planejamento orçamentário do Distrito Federal: “As constantes antecipações de tutela e suas confirmações posteriores deveriam ser levadas em consideração quando do planejamento dos orçamentos anuais direcionados à saúde, de maneira que não fosse necessária essa constante busca no judiciário por leito de UTP”.

Não parece de bom alvitre que o Poder Judiciário intervenha no planejamento orçamentário, competência essa outorgada pela Carta Política ao Poder Executivo, com aprovação pelo Poder Legislativo. A elaboração dos orçamentos anuais segue as prioridades de governo estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o ano a que se refere, refletindo o juízo de discricionariedade do administrador público quando do estabelecimento delas. Corrobora a afirmação de Carvalho de que:

“[...] o Judiciário, muitas vezes, ignora a política pública vigente e outros aspectos extraprocessuais, atendo-se às questões meramente endoprocessuais, prejudicando sobremaneira a atuação do Executivo

65 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.

66 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 21.

na alocação das prioridades em matéria de política pública. Noutras vezes, ingere-se nas políticas públicas de forma errônea, obrigando a Administração a ajustar suas disponibilidades financeiras sem considerar o impacto que este ato pode ter em outras searas, inclusive em sede de direitos sociais.”⁶⁷

O autor entende que, assim, “[...] o Judiciário acaba sendo acionado para tratar de questões sobre as quais não deveria se pronunciar, agindo como gestor dos recursos em virtude de sua escassez orçamentária, ‘judicializando’ as políticas públicas de saúde.”⁶⁸

Com os argumentos exposto neste estudo não se pretende condenar a postura ativista do Poder Judiciário. Em verdade, é necessário reconhecer a sua importância para a concretização dos preceitos constitucionais, em especial os relativos a direitos fundamentais, para que não restem como letra morta, pois “[...] o Judiciário é, justamente, o Poder incumbido de trazer o equilíbrio para o sistema, impondo a fiel observância do ordenamento jurídico”.⁶⁹ Ademais, a própria Carta Magna prevê o ativismo judicial, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁷⁰, reverenciando o princípio do acesso ao judiciário.

O que se intenta demonstrar é que essa atuação alargada do Judiciário deve ocorrer de maneira harmônica com os outros Poderes estatais, de modo que um não usurpe a função do outro. Para que isso ocorra, é necessário que o ativismo judicial leve em consideração os impactos que suas decisões podem causar na esfera de atuação dos outros Poderes e, no caso do direito à saúde, na administração e execução das políticas públicas e na organização das contas públicas, a cargo do Poder Executivo. Nesse sentido, Sampaio Júnior aborda que:

“[...] é cediço que os poderes Executivo e Legislativo possuem suas funções típicas delineadas em toda a Constituição e não deve o Poder Judiciário, de modo algum, sem qualquer tipo de instigação, querer resolver todos os problemas, principalmente os atinentes à legislação e à realização de políticas públicas como se fosse um salvador da pátria. Não é essa a função do Poder Judiciário e quando isso acontece estamos sim falando em arbitrariedade e isso também é inadmissível. Por outro lado, quando os outros Poderes, no exercício de suas funções típicas ou quaisquer outras, não obedecem aos comandos constitucionais, ao qual toda a atuação estatal está condicionada, deve necessariamente o Poder Judiciário, quando chamado para tal, analisar os atos e em caso de desconformidade com a Carta Magna, restabelecer os valores constitucionais, mesmo que para tanto acabe, de alguma forma, atuando em uma esfera política.”⁷¹

No caso do direito à saúde, o Judiciário, quando provocado, deve analisar as circunstâncias do caso concreto para verificar se houve ou não omissão estatal. Nesse sentido, Carvalho entende que se a política pública estiver implementada, não resta caracterizada a omissão que fundamenta a interferência do Poder Judiciário em sua implementação, “[...] no entanto, na ausência de políticas que garantam efetivamente o direito à saúde, caberia a atuação do Poder Judiciário.”⁷²

Mesmo diante de uma eventual omissão do Poder Executivo em implementar políticas públicas, não fica o Judiciário autorizado a extrapolar a sua função típica e adentrar na função típica de outro Poder. Nas palavras de Costa:

67 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 33-34.

68 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 28.

69 PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. A responsabilidade do poder judiciário frente ao ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 115-134. p. 120.

70 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1. art. 5º, inciso XXXV.

71 SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 403-429. p. 407.

72 CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45. p. 26.

“Embora a inércia do Estado nesses casos possa dar lugar ao uso de instrumentos jurídicos que supram essa inatividade [...], não pode essa inércia, por si só, servir de sustentáculo para uma subversão da separação de poderes, permitindo ao Judiciário substituir o administrador para fazer valer sua vontade em detrimento da vontade da Constituição.”⁷³

Na visão da autora, o ativismo judicial exacerbado no julgamento de demandas que versam sobre direitos a serem efetivados por meio de políticas públicas, como é o caso das que versam sobre direito à saúde, “[...] traz ínsito o risco de se criar o Estado Jurisdicional, ou seja, um Estado de preponderância do Judiciário sobre os demais órgãos.”⁷⁴ Isso, em última análise, representa uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, no sentido em que o Poder Judiciário, na ânsia de realizar o controle da atuação do Poder Executivo, estaria ultrapassando a sua seara de atuação e adentrando no campo de atuação compelido a outro Poder.

7. CONCLUSÃO

As considerações levantadas ao longo deste trabalho permitiram identificar um fortalecimento e uma expansão da atuação do Poder Judiciário, fruto da redemocratização que teve como emblema a promulgação de uma Constituição recheada de direitos e garantias fundamentais. Isso permitiu o aumento da judicialização das questões, tendo em vista que os indivíduos passaram a ter maior consciência de seus direitos e dos meios para concretizá-los.

Ocorre que esse levante ativista, no caso do direito à saúde, tem se revelado um tanto exacerbado. Diversas decisões judiciais têm determinado ao Poder Executivo, nos diferentes níveis de governo, o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, sem considerar os impactos dessas decisões nos orçamentos da seguridade social dos entes federativos.

É importante reconhecer que a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos bem quistos numa sociedade, dado que refletem uma postura ativa do Poder Judiciário, o que permite o controle da atuação dos demais Poderes, trazendo harmonia à tripartição dos poderes. Porém, o problema se instala quando há uma extrapolação dessa postura ativista do Judiciário, invadindo o campo de atuação dos outros Poderes, como tem ocorrido no caso do direito à saúde.

A Constituição Federal incumbiu a efetivação desse direito ao Poder Executivo, por meio da implementação de políticas públicas, inclusive prevendo recursos da seguridade social para custeá-las. Porém, o Judiciário tem se usurpado de sua função e, por meio de decisões judiciais ativistas, judicializado as políticas públicas de saúde, determinando ao Poder Executivo o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, sob pena de multas pelo descumprimento, gerando impactos negativos nos orçamentos dos entes federativos e desorganizando a atuação administrativa e as contas públicas.

Figura-se assim um ativismo judicial danoso, por deixar de considerar as repercussões de suas decisões na gestão das políticas públicas de saúde, a cargo do Poder Executivo dos entes federativos. Diante desse cenário, no caso das políticas públicas de saúde, alerta-se para a necessidade de o Poder Judiciário, mantendo a sua postura ativista, observe previamente os impactos que suas decisões podem causar na atuação do Poder Executivo, de forma a não pôr em risco a atuação governamental, invadindo competências do Poder Executivo, o que, em última análise, sinaliza uma ameaça ao princípio da separação dos poderes.

73 COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60. p. 57-58.

74 COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60. p. 53-54.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. *Gestão e finanças públicas: fundamentos e práticas de planejamento, orçamento e administração financeira com responsabilidade fiscal*. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 275-290.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, texto promulgado em 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 191, 05 out. 1988, Seção 1.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. *AgRg no Recursos Especial n. 1.291.883-PI*. Segunda Turma. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 20 de junho de 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/AGRG-RESP_1291883_PI_1372867200525.pdf?Signature=200N7WYsOiZvp9YEWX4%2B47RkRGc%3D&Expires=1409428469&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=56e4ea398152717bb458bb53ed47c0c8>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). Ação Civil Pública. *Ação Civil Pública n. 29285-SP*. Terceira Turma. Relator: Des. Fed. Nery Junior. São Paulo, 20 junho 2013. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23556523/apelacao-civel-ac-29285-sp-0029285-1820014036100-trf3>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- BRAUNER, Arcênio. O ativismo judicial e sua relevância na tutela da vida. In: FELLETT, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 597- 624.
- CARVALHO, André Castro. O impacto orçamentário da atuação do poder judiciário nas tutelas concessivas de medicamentos. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 13-45.
- COSTA, Andréa Elias da. Estado de direito e ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 47-60.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito federal e Territórios. *Remessa de Ofício n. 20140110177689*. Terceira Turma Cível. Autor: Sérgio Murilo do Prado. Réu: Distrito Federal. Relator: Des. Alfeu Machado. Brasília, 25 agosto 2014. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135836135/rmo-20140110177689/inteiro-teor-135836174>>. Acesso em: 29 ago. 2014.
- DOBRWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no Estado contemporâneo. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 16, n. 31, p. 92-101, dez. 1995.
- LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MEDEIROS. Fabrício Juliano Mendes. *O ativismo judicial e o direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento. *AI n.*

1.0394.13.010441-4/001. Quarta Câmara Cível. Agravante: Município de Munhaçu. Agravado: João de Paula Sathler. Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat. Minas Gerais, 20 fevereiro 2014. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_AI_10394130104414001_4e39e.pdf?Signature=NqsBkG4HWtbzqqe%2B%2FKCoA0UNh2E%3D&Expires=1409532977&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=eb5ac4b5ca393dfb684695d19b3ee489>. Acesso em: 29 ago. 2014.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTA, Francisco Glauber Lima. *Contabilidade aplicada ao setor público*. Brasília-DF: Coleção Gestão Pública, 2009.

PRADO, João Carlos Navarro de Almeida. A responsabilidade do poder judiciário frente ao ativismo judicial. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (Coord). *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 115-134.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: FELLET, Andre Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Gotti de; NOVELINO, Marcelo (Org). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2011. p. 403-429.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento. *AI n. 0122772-14.3013.8.26.0000*. Quarta Câmara da Seção de Direito Público do TJSP. Agravante: Prefeitura Municipal de Jundiá. Agravado: Claudio Capeletto. Relator: Des Paulo Barcellos Gatti. São Paulo, 29 julho 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_01227721420138260000_0df9b.pdf?Signature=p2jq1hggodMUB0oyioCOwRT1lIY%3D&Expires=1409529308&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=4942aa79ef9c77fbcf78a8c4f3dc4ff4>. Acesso em: 29 ago. 2014.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.