

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Judicialização da saúde,
ativismo judicial e o
consequente desequilíbrio do
orçamento público**

**Legalization of health, judicial
activism and the resulting
imbalance of the public budget**

Juvêncio Borges Silva

João Paulo Jucatelli

Sumário

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	14
Rodrigo Monteiro da Silva	
JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA NO CPC/2015 COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE ‘CONTROVÉRSIAS’ COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
Jefferson Carús Guedes	
A MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA COMO FERRAMENTA DE ACESSO A JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO NO ESPAÇO LOCAL	52
Daniela Arguilar Camargo	
LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA ATUAÇÃO INTERNACIONAL DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS: UMA LEITURA À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE	65
Regina Claudia Laisner e Danilo Garnica Simini	
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM PROL DOS ANIMAIS: UMA VISÃO DE SAÚDE ÚNICA	84
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Clarice Gomes Marotta	
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO	99
Juvêncio Borges Silva e João Paulo Jucatelli	
A (RE) ARTICULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE GÊNERO NO BRASIL COM BASE NO PRINCÍPIO JURÍDICO DA SUBSIDIARIEDADE E DA DESCENTRALIZAÇÃO	117
Tamiris Alessandra Gervasoni e Marli Marlene Moraes da Costa	
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, EDUCAÇÃO E DEMOCRACIA: O CASO “ESCOLA SEM PARTIDO”	134
Veyzon Campos Muniz	
POLÍTICAS DE ACESSO ABERTO PARA TRABALHOS CIENTÍFICOS: INTERESSE PÚBLICO E DIREITOS DE AUTOR	144
Eduardo Altomare Ariento	

FINANCIAMENTO CULTURAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	172
Frederico Augusto Barbosa da Silva	
NATURALEZA Y CONSTITUCIÓN.....	193
Livio Perra	
REGULAÇÃO AMBIENTAL DA ATIVIDADE MINERÁRIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DE COMPLIANCE	208
Lorena Machado Rogedo Bastianetto e Magno Federici Gomes	
O NEODESENVOLVIMENTISMO E A QUESTÃO AMBIENTAL: O PAPEL DA HIDROELETRICIDADE NO SISTEMA ENERGÉTICO BRASILEIRO.....	221
Andreza Aparecida Franco Câmara	
O COMPARTILHAMENTO DE DADOS E INFORMAÇÕES PESSOAIS DE CONSUMIDORES: O ABUSO DOS FORNECEDORES E AS PROPOSTAS APRESENTADAS NO PLS 181/2014.....	247
Héctor Valverde Santana e Rafael Souza Viana	
UTILIZAÇÃO DA COMPUTAÇÃO EM NUVEM NO PODER LEGISLATIVO: PERCEPÇÕES DOS GESTORES E ENTRAVES AO USO.....	265
Igor Vinicius de Lucena Diniz, Lucas dos Santos Costa e Marcos Fernando M. Medeiros	
O PROCESSO PENAL E A ENGENHARIA DE CONTROLE DA POLÍTICA CRIMINAL	287
Antonio Henrique Graciano Suxberger e José Wilson Ferreira Lima	
GESTÃO DE PRESÍDIOS POR PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: UMA ANÁLISE DAS ATIVIDADES PASSÍVEIS DE DELEGAÇÃO	305
Fernando Borges Mânica e Rafaella Brustolin	

Judicialização da saúde, ativismo judicial e o consequente desequilíbrio do orçamento público*

Legalization of health, judicial activism and the resulting imbalance of the public budget

Juvêncio Borges Silva**

João Paulo Jucatelli***

RESUMO

A judicialização e o ativismo social são uma realidade que permeia as relações econômicas, políticas, sociais e científicas da sociedade brasileira nos tempos atuais. São diversas as causas que lhe deram ensejo segundo diferentes autores que se dedicaram ao tema, entretanto, tendo em comum a opinião segundo a qual os documentos Constitucionais, notadamente aqueles readequados e/ou promulgados no período pós II Guerra Mundial, são o campo fértil de cultivo, concentrando e materializando todos estes elementos. Trata-se de fenômenos essenciais à administração da justiça e preservação da ordem democrática Constitucional diante do déficit representacional dos poderes eletivos para com a sociedade no atual contexto político nacional, no entanto, em nome deste processo, tem se manifestado sinais de interferências do Poder Judiciário em face dos outros Poderes da República, cuja discussão em pauta objetiva a legitimidade destas ingerências, na medida em que lhes impõe obrigações cujos custos financeiros provocam verdadeiros desarranjos nos orçamentos públicos, colocando em risco a organização e execução das políticas públicas priorizadas por cada uma destas esferas de Poder da República, reclamando, assim, que sejam fixados limites a esta prática de modo a assegurar o equilíbrio e autonomia entre todos os poderes.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo Judicial. Saúde Pública. Orçamento Público.

ABSTRACT

Judicialization and judicial activism is a reality that permeates the economic, political, social, scientific Brazilian society in recent times. There are several causes that gave rise according to different authors who have dedicated themselves to the subject, however, having in common the view that the Constitutional documents, especially those re-adapted and / or promulgated in the 2nd post World War period, are the fertile field cultivation, concentrating and materializing all these elements. These are essential phenomena to the administration of justice and the preservation of the constitutional democratic order before the representational deficit elective powers to the company in the current national political context, however

* Recebido em 14/12/2016
Aprovado em 18/01/2017

** Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Campinas, Doutor pela UNESP, Mestre pela UNICAMP, graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, graduado em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos, professor do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

*** Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Especialista em direito notarial e registral pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em direito notarial e registral pelo Instituto de Ensino Luis Flávio Gomes. Oficial Titular da Serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede da Comarca de Esmeraldas-MG

, on behalf of this process it is manifested Power of interference signals judiciary in the face of the other branches of government, whose discussion on the agenda objects the legitimacy of interference, to the extent that they impose obligations whose financial costs cause actual breakdowns in public budgets, putting at risk the organization and implementation of public policies prioritized by each these spheres of power of the Republic, complaining, so that limits are set to this practice in order to ensure balance and independence of all powers.

Keywords: Legalization. Judicial Activism. Public Health. Public Budget.

1. INTRODUÇÃO

Tema hoje bastante recorrente nas discussões acadêmicas não só na seara jurídica como também em diversas outras disciplinas, têm sido o fenômeno da judicialização, sobre o qual há abundante oferta de publicações e considerável volume de material abordando o assunto. Dado ao grau de profundidade e especialização dos estudos desenvolvidos neste campo é possível já identificar capítulos específicos dentro desta temática como judicialização da política, judicialização das políticas públicas, judicialização das relações sociais, judicialização da educação, judicialização da saúde, dentre outras. Ou seja, este fenômeno que reflete questões de ordem científica, política, comportamental e notadamente sociais, antes objeto precípua de deliberação política e social, passaram a encontrar guarida nas barras do Poder Judiciário, que não se furtando de sua atividade típica, tem entregado aos jurisdicionados a reclamada prestação jurisdicional no que tange a questões de natureza originariamente política e social.

Neste diapasão, emblemáticos precedentes ilustram esta realidade “judicializada” que se tem observado nestes tempos modernos, a saber: i) demarcação de terras indígenas na reserva “Raposa Serra do Sol” em Roraima, através do julgamento da PET 3388, quando foram fixadas 19 salvaguardas a servirem de parâmetros, em Março de 2009¹; ii) regulamentação do exercício do direito de greve no setor público reconhecendo em julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 a omissão legislativa quanto a regulamentação deste direito e para além, reconheceu aplicabilidade subsidiária da Lei 7.783/89 que trata do direito de greve no setor privado, para a área pública, em 2007²; iii) vedação da prática denominada por nepotismo e nepotismo cruzado hoje objeto da Súmula Vinculante n.º 13 de 2008³; iv) Recurso Extraordinário 197.917/2004, que reconheceu a proporcionalidade do número de vereadores à quantidade de habitantes do município, tendo aplicado a este julgado o que denominou de efeitos *pro futuro*, ou seja, os efeitos da sentença foram postergados para momento posterior para se preservar a segurança jurídica.⁴

Tratam-se de julgados emblemáticos que ilustram com satisfatória clareza a hodierna tendência de se provocar o Poder Judiciário com matérias antes restritas e de cunho interno às demais esferas de poder.

Se num primeiro momento tratou-se de um expediente louvável, digno de referência, já que em última análise estar-se-ia, ao menos em tese, suprimindo a deficiência prestacional e representativa dos demais Poderes da República, assim como coibindo eventuais excessos por eles cometidos, sanando assim as carências imediatas dos cidadãos, em um segundo momento, notou-se a necessidade de parcimônia a esta prática,

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3388*. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n.º 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28sumula+vinculante+13%29%29+E+S%2EFLSV%2E&pagina=3&base=baseSumulasVinculantes&url=/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2016

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 197.917/2004*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 19 abr. 2016

tendo em vista que passaram a criar situações tensionais entre os poderes constituídos.

Dentre as diversas implicações produzidas por esta nova postura proativa, o presente artigo buscará enfocar tão somente uma delas, qual seja, os reflexos no orçamento público dos entes federados responsáveis pelos cumprimentos destas determinações judiciais.

2. POSSÍVEIS CAUSAS ENSEJADORAS DA JUDICIALIZAÇÃO

A conjuntura fático/social/política/econômica que deu ensejo a este fenômeno da judicialização é identificada a partir de variados pontos de vista por cada um que se debruça sobre o tema a fim de perscrutá-lo. Há impressões como as de Habermas, para quem o ponto inaugural da teoria coincide com o momento em que relampejos de ética social passaram a manifestar-se em cômodos antes iluminados apenas pelas luzes do direito, que até então focavam tão somente o privado/individual⁵. Para outros como Maria Gloria Gohn, o histórico dos movimentos sociais e as entidades da sociedade civil organizadas, surgidos em contrapartida aos regimes políticos ditatoriais precedem as manifestações da judicialização. Movimentos embora inseridos em um mesmo seio social, mas fragmentados a partir de suas reivindicações, traçando a seguinte distinção: movimentos identitários, que perseguem direitos sociais, econômicos, políticos e até culturais; movimentos que lutam por melhores condições de vida e de trabalho no meio urbano e rural que identificam necessidades por moradia, educação, alimentação, etc.; movimentos, por fim, globais ou globalizantes, a exemplo do Fórum Social Mundial que são responsáveis pela articulação em nível nacional e até transnacional de movimentos sociais⁶.

A democratização do acesso à justiça como evidência da presença do direito no mundo contemporâneo, viável graças, em parte, a reformas introduzidas no sistema do *Welfare State*, motivadas pelas urgências de novos direitos individuais e públicos, onde o indivíduo passa a ser considerado não mais em si, mas inserido em determinados segmentos como, por exemplo: consumidores, usufrutuários do meio ambiente, etc.; graças em parte à introdução de mecanismos com aptidão para a representação jurídica dos interesses desses segmentos coletivos, deu início a uma caminhada rumo à superação da concepção individualista do processo para uma nova, com viés coletivo; e em parte, finalmente, à ampliação do enfoque das etapas precedentes de modo a tornar esses direitos plurais realmente exequíveis⁷.

É também Viana que, tratando especificamente da judicialização da política, aduz que tal fato tem sua “[...]origem[...]na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário[...]”⁸

É ainda Viana quem observa que

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta, como se viu ao final da introdução, de ser adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma comunidade de intérpretes, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições.⁹

Ainda tratando das conjunturas que viabilizaram esse fenômeno, a judicialização da política encontra campo fértil no controle abstrato de constitucionalidade e dos novos intérpretes da Constituição a partir do texto de 1988; neste sentido prossegue, ainda, este mesmo autor:

5 HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 242.

6 GOHN, Maria Gloria. *Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

7 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

8 *Idem*. p. 43

9 *Idem*. p. 47

O cenário pós-constituente, à exceção do governo Collor, tem sido o da expressão concentrada da vontade da maioria, particularmente nesses dois governos de Fernando Henrique, quando, pelo uso continuado e abusivo das medidas provisórias, provoca-se a erosão das formas clássicas de controle parlamentar da produção da lei. Foi esse o contexto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalisão. Daí que, por provocação da sociedade civil, principalmente do mundo da opinião organizada dos partidos e do mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário se vem consolidando como ator político e importante parceiro no processo decisório.¹⁰

Traduz sua explicação em números que a tornam suficientemente claras: no ano da promulgação da Constituição, 1988, foram distribuídas tão somente 11 Adins. Já no ano seguinte, 1989, este número subiu para 159 Adins, e no ano seguinte, 1990, 255 Adins, número igualmente alto em 1991, que foram distribuídas 233 Adins. Ações estas que tem como autores, predominantemente as associações, governadores, procuradores e partidos políticos, ou seja, os novos intérpretes do texto Constitucional.¹¹

Dados estes que comprovam, portanto, que a abertura do judiciário a novos intérpretes da Constituição, devidamente instrumentalizados ao exercício desta prerrogativa – ações visando ao controle abstrato de constitucionalidade –, permitiram ou pelo menos contribuíram para a inserção do Poder Judiciário em decisões essencialmente políticas.

Independentemente do foco pessoal dos estudiosos acima referendados e tantos outros que com igual gabarito enfrentaram o tema, ponto de contato entre todas elas é a afluência das reivindicações destes diversos movimentos para a Lei Maior das nações, ou seja, suas respectivas Constituições. É precisamente esta a constatação feita por Luiz Werneck Vianna, quem afirma que o ápice destes movimentos é a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que termina por consolidá-los na medida em que se trata da maior abertura democrática até então vivenciada e responsável pela materialização das reivindicações frutificadas de uma acentuada mobilização popular.¹²

É também, lado outro, o exato momento de interface entre jurídico e político, tanto que a sintética fórmula que enuncia a Constituição como sendo o “estatuto jurídico do político”, nos ensinamentos de Paulo Ferreira da Cunha¹³, definição importada por Castanheira Neves e depois bastante utilizada em seara Constitucional por Gomes Canotilho, resume com precisão esta realidade.

Judicialização, enfim, pode ser definida, a partir do notável e preciso poder de síntese de Luiz Roberto Barroso, como o fato segundo o qual “questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário”¹⁴

3. ATIVISMO JUDICIAL

De mãos dadas com a judicialização, porém com ela não se confundindo, há o expediente do ativismo judicial, expressão que identifica uma opção comportamental de conduta proativa no exercício interpretativo do texto Constitucional, que resulta em certa expansão de seu conteúdo e aplicabilidade. É uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem, contudo, invadir o campo

10 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 51

11 *Idem*. p. 55

12 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

13 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007. v. 3

14 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437.

da criação livre do direito”.¹⁵ Segundo Barroso a locução “ativismo judicial” surgiu em 1947 e foi utilizada pela primeira vez por um historiador em alusão à Suprema Corte americana no período do *New Deal*.¹⁶

É ainda Barroso que, tecendo considerações sobre a origem da expressão “ativismo judicial” e posições que se delinearam sobre o fenômeno comenta:

A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digno de transcrição por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro com a expansão da esfera de atuação do legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para obtenção de resultado socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jakson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.”¹⁷

O magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais é provocado a enfrentar demandas cujo elevado e crescente grau de complexidade nas relações das modernas sociedades e estilos de vida atuais, não permite que ele se mantenha no ultrapassado e ineficiente método interpretativo-hermenêutico jurídico típico da racionalidade positivista, ou seja, fato típico, norma em abstrato, subsunção desta para aplicação ao caso concreto. Elementos característicos do direito foram alterados nas suas concepções mais fundamentais, outros surgiram e se consolidaram, culminando em uma nova concepção de racionalidade jurídica.¹⁸

O primeiro marco de destaque na mudança de paradigma data do período pós Segunda Guerra Mundial, coincidindo com os instantes finais da filosofia do positivismo jurídico a partir da trágica experiência vivenciada na Alemanha Nazista e seus crimes contra a humanidade, levados a cabo graças a esta filosofia jurídica positivista, uma vez que as atrocidades em questão estavam devidamente respaldadas pela Constituição daquele país, à época, a denominada Constituição de Weimar. Esta mudança de paradigma operou-se quanto à concepção de norma jurídica, em que na primeira metade do século passado era comum a distinção entre princípios e normas jurídicas, como esferas diferentes, distintas e, na segunda metade daquele século, passou-se a considerar norma jurídica como gênero do qual são espécies a norma-princípio e a norma-regra.¹⁹

Isso implica em radical mudança de conceitos quando da aplicação legislativa, refletindo em maior autonomia ao Magistrado em seu trabalho interpretativo. As normas-princípios ganham efetividade e aplicabilidade por parte do julgador, notadamente quando se trata da hermenêutica Constitucional, o que não era possível quando separadas as normas dos princípios, reclamando assim uma nova postura do Magistrado, sendo este, portanto, um dos fatores que levam à prática do ativismo judicial.²⁰

Este modo interpretativo proativo faz-se, inclusive, necessário para a própria autopreservação do texto Constitucional, segundo apontado por Konrad Hesse em seu texto “A Força Normativa da Constituição”:

15 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437

17 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 441.

18 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

19 *Idem*.

20 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.²¹

Neste emblemático trabalho para o direito Constitucional Hesse, visando contrapor a teoria de Ferdinand Lassale, segundo a qual há duas Constituições: uma efetiva e que decorre dos fatores reais de poder, e outra escrita sem qualquer força normativa e que não passa de mera folha de papel, defende a normatividade do documento escrito e para tanto apresenta a necessidade que haja entre os detentores de poder o que chama de “vontade da constituição”, ou seja, um desejo puro e legítimo de aplicar o texto Constitucional às relações sociais com viés não apenas a aplicação por si só da norma, mas, sobretudo que esta aplicação se dê em compasso à realidade na qual se encontra inserido aquele fato, isso, segundo Hesse, contribui para a perpetuação da força normativa da constituição.

É neste contexto, portanto, que Teixeira Vinchinkeski conceitua ativismo judicial positivo como sendo “aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição.”²²

4. A SAÚDE COMO OBJETO DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAIS

Desta sorte, como visto anteriormente, houve uma rematerialização dos textos Constitucionais que deixaram de ser documentos concisos para tornarem-se extremamente prolixos, haja vista a grande quantidade de direitos e garantias que passaram a abarcar em suas estruturas. E dentre esses direitos e garantias da pessoa humana figura o da saúde, objeto de análise do presente artigo.

Detém previsão expressa na Carta Magna, senão veja-se:

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.

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

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:²³

Através da redação Constitucional resta definido que a saúde é “direito de todos” e “dever do Estado”, expressões estas que bastam para que a matéria tenha assegurado ingresso no âmbito do Poder Judiciário, além, é claro, do fato de sua inserção dentro do próprio documento Constitucional. Não obstante, traz a Carta Constitucional, igualmente, todo um arquétipo que envolve todos os Poderes da República, assim como também todos os entes federados, atribuindo responsabilidades pelo custeio, organização, implantação, execução, manutenção e fiscalização destas ações voltadas a cumprir este “dever” estatal para com o direito universal à saúde.

21 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido em português por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

22 TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

23 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

Tendo em vista a previsão Constitucional, instituiu-se o SUS – Sistema Único de Saúde –, a partir da promulgação da Lei 8.080/90 que, consoante seu artigo 4º, assim o define como sendo, “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).”²⁴

De modo que, sendo atribuição dos Poderes Executivo e Legislativo a implementação de políticas sociais e econômicas na área da saúde, através de seus órgãos próprios tais como Ministério da Saúde em âmbito federal, Secretarias da Saúde em âmbitos Estaduais e Municipais, através de estudos e análise de dados estatísticos como, por exemplo, os fornecidos pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística –, ou setores especializados em saúde pública ou em epidemiologias, identificam as principais mazelas que acometem uma dada localidade, e a partir destes dados concretos desenvolvem suas políticas públicas que julgam mais eficazes, adequadas e necessárias às particularidades daquela localidade.

O Executivo, com participação direta do Legislativo, estabelece as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública nesta área para as despesas de capital com programas de duração continuada que excedam o orçamento anual – lei plurianual²⁵-, traçam as metas e as prioridades que deverão constar do orçamento anual – lei de diretrizes orçamentárias²⁶ -, e posteriormente estabelece, também através de lei, as despesas atreladas à correspondente receita, para só a partir daí estar devidamente autorizada por lei – princípio da legalidade - a efetuar as despesas necessárias à implantação daquela política pública pretendida – lei orçamentária anual²⁷. Está sujeito, portanto, ao sistema orçamentário público²⁸; de modo que qualquer ação ou omissão do administrador público com relação a finanças, despesas e empenhos de recursos públicos sem que estejam previamente amparadas nestas balizas normativas orçamentárias, lhe acarretará imputação de crime de responsabilidade fiscal, a teor da Lei Complementar 101/2000.

Identificando o administrador público uma necessidade dos cidadãos que carece de certa medida, não lhe é lícito simplesmente “abrir a gaveta dos cofres públicos” e retirar o montante que necessita para atender aquela situação. O sistema orçamentário Constitucional lhe impõe à adoção de medidas prévias que objetam, em última análise, a manutenção dos custos operacionais daquele ente dentro das possibilidades financeiras, como também, evidentemente, a fiscalização na utilização desses recursos públicos.

24 BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

25 Art. 165, § 1º, CF: A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

26 Art. 165, § 2º, CF: A lei de diretrizes orçamentais compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

27 Art. 165, § 5º, CF: 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.

§6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

28 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva 2015.

A partir daí disponibilizam aos cidadãos daquela localidade determinados tratamentos ou fornecimentos de farmacológicos pela rede pública, visando ao atendimento da saúde da população, haja vista se tratar, como visto acima, de um dever Constitucionalmente imposto. Evidentemente não estão compreendidos nestas listagens de tratamentos e farmacológicos disponíveis toda a sorte de recursos existentes neste campo, e isso não apenas devido à limitação orçamentária, que por si só basta para justificar as ausências, mas também a limitações técnicas e mão de obra especializadas para determinadas situações, a exemplo de alguns procedimentos de transplante de órgãos que apenas são realizados em outros países.

Ocorre que o cidadão que não encontra disponível no Poder Público aquilo que necessita naquele instante, recorre ao Poder Judiciário, surgindo assim o impasse objeto de análise do presente trabalho. A pretensão ajuizada pelo jurisdicionado é dotada de particularidades a depender do caso concreto que deve, ou ao menos deveria influenciar a decisão judicial: numa primeira hipótese, há o caso de determinado tratamento ou fármaco com previsão em listagens do Ministério da Saúde ou de Secretarias de certo Estado ou Município e que mesmo assim lhe é negado acesso. Certamente essa situação reclama uma posição impositiva por parte do Poder Judiciário sem que seja formulada a escusa de reflexos indesejáveis no programa orçamentário do respectivo ente público, dada a já inserção na listagem de tratamentos ou medicamentos disponíveis, o que pressupõe o respectivo empenho de recursos.

Noutro norte, situação pode haver em que é negado ao cidadão determinado fármaco, mas negado pelo fato do pedido ter sido feito pelo nome comercial deste produto enquanto o Poder Público dele dispõe, com mesmo princípio ativo, porém com nome comercial diferente. É certo que a posição do Judiciário neste caso não pode ser a mesma dada no exemplo anterior, pois inexistente razão plausível para que se obrigue ao ente público atender ao capricho do jurisdicionado no que diz respeito a sua preferência por dada marca comercial.

Mas, outra situação peculiar configura-se quando, no exemplo acima, o jurisdicionado comprove satisfatoriamente que mesmo se tratando de medicamento com mesmo princípio ativo, aquele disponível pela rede pública apresenta compostos que lhe são, por exemplo, alérgicos, e o único que lhe é apropriado é o de denominação comercial “x”. Nesta hipótese já há, ao menos em tese, plausibilidade para o atendimento desta pretensão.

E há situações que por sua pouca frequência e altos custos financeiros – binômio quase sempre presente em moléstias consideradas de rara incidência - não são viáveis sua inserção nas políticas públicas de saúde, e que por tal razão simplesmente não são ofertadas. Porém, não se trata de uma omissão inconsequente, mas de uma decisão do administrador público respaldada em elementos concretos que o levam à tomada de decisão em eleger alguns e preterir outros, entendendo que assim agindo estará atendendo em maior amplitude o interesse público. Todas essas particularidades, como visto, induzem a um mínimo de lógica que deveria pautar as decisões judiciais neste campo, no entanto, não é o que se observa nas Cortes brasileiras.

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançada a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.²⁹

EMENTA: Saúde. Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado. Regimental não provido³⁰

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 195.192-3*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 22/2/2000. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-tuacao/saude/docs_jurisprudencia/recurso_extraord_195192.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 255627 AgR*, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+255627%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+255627%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa48esh>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

É notória a aplicação simples e direta da previsão Constitucional ao jurisdicionado, sem o devido sopesamento das possíveis consequências desta interpretação rasa. O que tem orientado as decisões pátrias que envolvem questão de saúde, ao que parece, tem sido tão somente o risco de morte do postulante; em sendo este risco mais patente, tanto maior são as chances de se obter uma decisão favorável do Poder Judiciário determinando a que o ente público forneça o tratamento solicitado ou o medicamento pleiteado, sem qualquer espécie de ponderação acerca dos reflexos desta decisão na ordem econômica e orçamentária do ente a quem é endereçada esta ordem. É a mais lúdima manifestação da denominada “jurisprudência de misericórdia”.

É a manifestação, em todos seus termos, de um conflito entre princípios de ordem Constitucional, onde de um lado há a previsão daquele enunciado pelo artigo 2º, CF – a independência e separação dos poderes -, de outro, o esculpido no artigo 5º, XXXV, CF – a inafastabilidade do poder judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a direito -.

4.1 O Conflito Entre Princípios Constitucionais e sua Forma de Solução

É acentuado o debate acerca da existência ou não de um conflito de princípios Constitucionais quando em pauta a judicialização da saúde, mais precisamente se o Judiciário, ao acolher uma postulação de violação ou ameaça de direito e determinar que o Executivo forneça ou suporte as despesas de tal procedimento, não estaria ferindo o princípio da separação e autonomia dos Poderes da República.

Não obstante a inviabilidade de se fazer afirmações de natureza genérica sobre esta matéria, é certo que em algum momento este princípio possa ser violado.

Ocorre, entretanto, que pode haver também colisão entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, com prevalência ora daquele, ora deste.

Em regra, o processo de judicialização na área da saúde traz pesado ônus ao administrador público, uma vez que pode se encontrar diante de uma situação para a qual não dispõe de erário suficiente.

Logo, é sim possível uma intervenção por parte do Poder Judiciário que venha se caracterizar como uma ingerência que afeta os recursos da Administração Pública. Tal conclusão conduz a outra igualmente inafastável: instala-se um conflito de ordem principiológica que carece de uma solução.

E esta solução depende de uma construção melhor elaborada se comparada a um conflito instaurado entre regras, onde uma sucumbirá em face da outra. Em se tratando de princípios, jamais haverá a anulação de um sobre o outro, uma vez que influenciam o fato típico sempre, seja em menor ou em maior intensidade, mas não deixam de influenciá-lo.

Assim é que a solução desta espécie de embate se dá através da técnica da precedência de um sobre o outro, sem que o resultado implique na anulação de um em detrimento de outro. Neste sentido, leciona Robert Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.³¹

Também abordou o tema Ronald Dworkin apresentando uma diferenciação entre o que denomina norma regra e norma princípio. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco traçaram um compara-

31 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93-94.

tivo entre as posições de Dworkin e Alexy nos seguintes termos: Dworkin aceita a ideia de que um princípio normativo e uma regra se aproximam, tendo em vista que ambos ditam obrigações jurídicas; o que os individualiza não é o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas sim, o tipo de diretiva que apresentam.³²

A aplicação da norma espécie regra diferencia-se qualitativamente da aplicação da norma espécie princípio, em que aquela se vale do modo tudo ou nada, ou a regra é válida ou não válida, de maneira, portanto, disjuntiva; e esse não desencadeia automaticamente a consequência jurídica prevista no texto normativo pela só ocorrência do fato hipoteticamente previsto, ele possui a dimensão do peso. Assim é que afirma: “Os princípios podem interferir uns nos outros e, nesse caso, deve-se resolver o conflito levando-se em consideração o peso de cada um”.³³

O que significa dizer: “Não se resolvem os conflitos entre princípios tomando um como exceção do outro. O que ocorre é um confronto de pesos entre as normas que se cotejam.”³⁴

Já sob o enfoque de Alexy, que também reconhece uma convivência entre princípios e regras, mas como pontos extremos do conjunto das normas e também apresentam elementos individualizantes, sendo esta diferenciação de tamanha relevância na teoria de Alexy que o mesmo a designa como “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.³⁵

Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas as categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre eles apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin -, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real).³⁶

Os princípios, então, determinam que sejam aplicados na maior medida do possível, ao passo que a regra, quando válida, há de se seguir exatamente o que por ela determinado, nem a quem e nem além. Assim, enquanto um princípio é cumprido variando seu grau de intensidade, à regra resta, tão somente, ser ou não cumprida. Daí a forma apontada por Alexy de solução de conflitos entre princípios pelo método da precedência, conforme acima abordado.

Feitas estas considerações, de fácil descortino a solução para a problemática enfrentada: não há de se falar da anulação dos princípios da autonomia e separação dos poderes – art. 2º, CF -, em detrimento da inafastabilidade da apreciação pelo poder judiciário de lesão ou ameaça de direito – art. 5º, XXXV, CF -, ou vice-versa, mas o que deve haver é a precedência de um deles, sem que o ditado pelo outro reste absolutamente inutilizado.

Noutro norte, a bibliografia mais moderna acena na direção de uma releitura do vetusto princípio republicano da autonomia e separação dos poderes. Neste sentido, Ciro di Benatti Galvão³⁷ propõe uma reconfiguração deste princípio na tentativa de lhe atribuir contornos mais atualizados a fim de colocá-lo em compasso com a evolução do constitucionalismo, notadamente no que se denomina de constitucionalismo da efetividade. Essa reconfiguração leva em consideração o fato de que, tratando da jurisdição constitucional, o seu objetivo imediato está no aperfeiçoamento dos objetivos primários do constitucionalismo atual, com especial destaque aos direitos fundamentais e os valores constitucionais por eles abarcados. E para alcançar

32 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73.

34 *Idem*. p. 73.

35 *Idem*. p. 74.

36 *Idem*. p. 74.

37 GALVÃO, Ciro di Benatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 88-99, 2015.

este propósito, prossegue Ciro di Benatti Galvão, o princípio da separação dos poderes deve admitir um viés positivo ou operativo no que tange a necessidade de que seja atribuído um aumento da capacidade de atuação racional, e até criativo, dos órgãos responsáveis pelas funções estatais, potencializando suas funções típicas, de maneira a tornar-se verdadeiramente útil à realidade Estatal e a seus indivíduos.

Esta fórmula de solução do conflito aplicada no campo prática traduz em iniciativas como o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2010, voltado ao acompanhamento e resolução das demandas que envolvam prestações ligadas à saúde. Sua criação deveu-se ao crescente número e diversificados litígios envolvendo, em última análise, o direito à saúde e seus reflexos nos orçamentos públicos cada vez mais incisivas.³⁸

Relevante contribuição dada pelo Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde reside em dois encontros realizados em 2014 e 2015, denominados I e II Jornadas Nacional da Saúde, respectivamente, onde facultou-se à sociedade jurídica apresentar postulados para que fossem debatidos e eleitos alguns deles para comporem os chamados Enunciados destas Jornadas.

4.2. O Mínimo Existencial e a Reservado Possível.

Matérias recorrentes nas demandas judiciais que se perseguem prestações por parte do Estado como o direito à saúde, são as alegações, por parte do cidadão, do “mínimo existencial”, ao passo que matéria de defesa dos entes públicos, via de regra, perpassa pela questão da “reserva do possível”.

Por mínimo existencial entende-se um conjunto de requisitos mínimos necessários a existência do ser humano e constitui direito fundamental, sem o qual cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.³⁹ Ou seja, trata-se de condições basilares sem as quais restaria inviabilizada a vida humana, prescindindo de citação em qualquer norma ou regra escrita diante de sua essencialidade, não obstante, na maioria das vezes, encontram-se positivadas nos ordenamentos jurídicos estatais.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial não possui um conceito fechado, pois está ligado à realidade e condições do ambiente em que se pretende inseri-lo, portanto variável; em suas palavras: “Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial não tem dicção constitucional própria nem conteúdo específico.”⁴⁰

Para outros, a exemplo da Prof.^a Ana Paula de Barcellos, é possível sim identificar um conteúdo para o mínimo existencial independentemente da realidade na qual se encontra inserido. Para ela, o mínimo existencial é formado por quatro elementos, sendo três deles de ordem material e um de ordem instrumental, são eles: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos necessitados e o acesso à justiça, respectivamente.⁴¹

Lado outro, a reserva do possível, matéria invocada pelos entes públicos que se opõem à alegação do mínimo existencial, refere-se a questões orçamentárias e financeiras que restringem a capacidade de atuação estatal no que concerne a garantia prestacional dos direitos fundamentais. Exemplo claro é a previsão cons-

38 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *I Jornada de direito da saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

39 TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

40 TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

41 BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*: O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 287.

tante do § 1º do artigo 5º, da Constituição Federal⁴², que traz o chamado princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, sob o qual não é necessário tecer maiores comentários acerca de sua ineficiência parcial, uma vez que o Estado, como se sabe, não garante a todos os cidadãos aqueles direitos e garantias ali estatuídos em suas integralidades.

Muito embora fosse desejável que todas estas garantias fossem asseguradas pelo Estado, direitos sociais possuem um *status* positivo, prestacionais, o que envolve custos, mas a condição orçamentária do Estado não lhe permite responder por todos eles; trata-se, portanto, de uma limitação de ordem financeira. Assim sendo, cabe ao Poder Público realizar escolhas acerca de quais desses direitos e garantias irá priorizar, vindo a materializá-los através de programas sociais e políticas públicas. A doutrina tem denominado esta conduta como “escolhas trágicas”, uma vez que a opção de priorizar algum direito importa em preterir outros, daí esta nomenclatura.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo definem o instituto como:

[...] o argumento da reserva do possível desdobra-se em pelo menos um aspecto de contornos eminentemente fáticos, e, outro, de cunho jurídico. No concernente ao aspecto fático, assumem destaque a dimensão econômica e real disponibilidade dos recursos (inclusive bens e serviços) que, em princípio, compõem o objeto das prestações. Além das restrições orçamentárias, que, no limite, corresponderiam à efetiva ausência de reservas financeiras, questiona-se a limitação dos recursos sanitários, também restritos em sua existência e disponibilidade. O aspecto jurídico da reserva do possível refere-se ao poder ou capacidade de disposição sobre tais recursos, envolvendo as normas constitucionais de repartição de competências, bem como a ponderação entre princípios constitucionais de igual hierarquia.⁴³

São alegações que exigem por parte do julgador um substancial exercício interpretativo diante da consistência de fundamentos que dispõem um e outro instituto.

É precisamente neste contexto que sobressai a valorosa contribuição dos Enunciados forjados nas duas Jornadas Nacional da Saúde como dito em linhas anteriores: há Enunciado, a exemplo daquele de número 11⁴⁴, ou ainda o de número 08⁴⁵ que a simples observância levam a superação do embate entre mínimo existencial ou reserva do possível, na medida em que se atêm nos próprios regramentos da legislação atinente à saúde pública.

Ou ainda o Enunciado de número 14⁴⁶ da I Jornada Nacional da Saúde que orienta o Estado-Juiz a priorizar as políticas públicas do Sistema Único de Saúde, afastando-as apenas em caso de comprovada inefetividade ou impropriedade dos medicamentos ou tratamentos lá fornecidos.

42 § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

43 SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filebtiner. *O direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas*. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf> Acesso em: 03 set. 2015.

44 Enuncia 11da I Jornada Nacional da Saúde: “Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PDCT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017

45 Enuncia 08da I Jornada Nacional da Saúde: “Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre gestores.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017

46 Enunciado 14 da I Jornada Nacional da Saúde: “Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.”

5. O DESARRANJO ORÇAMENTÁRIO DOS ENTES PÚBLICOS FRENTE ÀS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS DE PRESTAÇÕES ASSISTENCIAIS

Consoante salientado acima, quando o Poder Judiciário decide favoravelmente ao jurisdicionado, consequentemente nasce para o administrador público uma obrigação no sentido de manejar recursos de modo a atender a decisão judicial, o que não é tarefa das mais fáceis, notadamente em períodos de escassez de recursos como atualmente experimentado em todos os níveis da administração pública, notadamente na seara municipal.⁴⁷

A depender da intensidade desta ingerência do Poder Judiciário sobre o ente público, pode colocar em risco, inclusive, toda a viabilidade das políticas públicas e prioridades elegidas por aquele administrador público. A fim de ilustrar a gravidade desta situação, traz à baila a situação do Município de Tubarão, Estado de São Paulo, em que na gestão do ano de 2012 foram gastos com a farmácia básica cerca de R\$ 971.000,00 (novecentos e setenta e um mil reais), recursos planejados e previamente afetados para tal programa, ao passo que neste mesmo exercício este município teve um dispêndio de R\$ 975.100,00 (novecentos e setenta e cinco mil, e cem reais) para cumprimento de decisões judiciais⁴⁸, ou seja, sem qualquer previsão ou planejamentos prévios.

É no mínimo alarmante se deparar com uma situação onde um ente público, mediante decisões judiciais, é compelido a realizar gastos inesperados que superam seu programa de fornecimento de medicamentos gratuitamente, especialmente se considerar o fato que, enquanto o programa público beneficia toda uma coletividade, as despesas em cumprimento de ordens judiciais são para atender interesses quase sempre de uma minoria privada que ingressa em juízo. É certo que os magistrados responsáveis por estas decisões não possuem a dimensão de políticas públicas que restaram prejudicadas em virtude destes gastos inesperados e, via de consequência, a quantidade de cidadãos prejudicados por falta destas políticas, provavelmente maior número de indivíduos que aqueles atendidos nas sentenças.

Outros dados numéricos também refletem a preocupante situação: no exercício de 2013, o Governo Federal teve um gasto da ordem de R\$ 3,9 bilhões de reais com ações judiciais para fornecimento de medicamento, o que representou 4% do orçamento do Ministério da Saúde daquele ano.⁴⁹ No exercício de 2011 dados do Ministério da Saúde apontaram que os Estados Brasileiros gastaram R\$ 189.786.693,19 (cento e oitenta e nove milhões, setecentos e oitenta e seis mil, seiscentos e noventa e três reais e dezenove centavos) com decisões judiciais que beneficiaram tão somente 632 pessoas, ou ainda o Estado de São Paulo que no exercício de 2010 gastou R\$ 700.000 (setecentos milhões de reais) para cumprimento de determinações judiciais.⁵⁰

47 Cumpra registrar que esta obrigação imposta ao administrador público como consequência da decisão judicial é de certa maneira amenizada graças à previsão do chamado “Anexo de Riscos Fiscais” na Lei Complementar 101 de 04 de Maio de 2000 – Lei da Responsabilidade Fiscal. Com previsão no artigo 4º, Parágrafo 3º, está assim redigido: “A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.” Este expediente, acessório da Lei de Diretrizes Orçamentárias, permite ao Administrador Público afetar recursos a serem utilizados em casos imprevistos, a exemplo de uma imposição judicial em caso de saúde. Este instrumento contábil sem dúvida alguma é um importante auxílio ao Administrador Público notadamente no tangente a sua responsabilidade para com as contas públicas, mas não impede que lhe recaiam obrigações cuja consequência financeira ultrapasse até mesmo os valores previstos no Anexo de Riscos Fiscais, fato que não o torna isento da obrigação a ele impingida pela decisão judicial.

48 VIDOTTE, Alexandre Ferrari. *Direitos coletivos e cidadania: a judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa do Estado de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2014. p. 96

49 *Idem*.

50 VIDOTTE, Alexandre Ferrari. *Direitos coletivos e cidadania: a judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa do Estado de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2014. p. 82.

Em 2005 o Governo Federal suportou gastos não programados da ordem de R\$ 2,5 milhões para cumprimento de ordens judiciais para aquisição e distribuição de medicamentos, período em que foi citado como réu em 387 processos. No ano de 2007, este gasto atingiu a cifra de R\$ 15 milhões para atender cerca de três mil ações judiciais. No ano seguinte, 2008, este valor saltou para R\$ 52 milhões. No âmbito estadual, tomando por análise o Estado de Minas Gerais, nos mesmos anos acima referidos os gastos foram da ordem de R\$ 8,5 milhões, R\$ 22,8 milhões, R\$ 42,5 milhões para atendimento de condenações em ações judiciais na área da saúde.⁵¹ Deve ser feita a ressalva no sentido de que os dados numéricos acima informados, colhidos do relevante estudo realizado por Marina Amaral de Ávila Machado, não estão individualizados a partir da natureza destas demandas, ou seja, se cuidam do fornecimento de fármacos, serviços ou procedimentos previstos no âmbito de responsabilidade do SUS ou de legislações específicas ou estes mesmos elementos, porém estranhos à conjuntura da saúde pública. Lado outro, justifica a inserção destes dados numéricos no presente trabalho com o fito de alcançar o desiderato quanto à demonstração do liame direto que há entre ações judiciais e empenho de recursos públicos.

Desta sorte, a conclusão que se alcança é no sentido da existência de uma efetiva relação direta -e crescente -, entre a atuação do poder judiciário e o orçamento público dos entes federados na medida em que, ainda que o sistema de finanças legal traga instrumentos para salvaguardar o administrador público – Anexo de Riscos Fiscais -, ainda assim, mesmo que indiretamente, obriga o administrador público a realizar uma espécie de “afetação” de parcela dos recursos públicos disponíveis de modo a atender estas situações imprevisíveis, o que em última instância lhe impede de traçar de maneira plena um projeto de administração voltado à saúde pública segundo seus critérios e muitas vezes segundo a o plano de governo sob o qual criou sua plataforma política que o levou a ser eleito para o cargo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em notas finais, apesar do cenário até aqui desenhado, acredita-se que a solução não está em afastar o Poder Judiciário da discussão acerca da saúde pública brasileira, até pelo fato desta posição implicar em negativa ao jurisdicionado de uma das prerrogativas basilares de uma sociedade democrática Constitucional, qual seja, o direito de acesso ao Poder Judiciário.

Também seria ela inadequada uma vez que o país atravessa uma crise, talvez sem precedentes na história recente, excetuado o período de regime militar, de representatividade por parte dos governantes eleitos onde de maneira cada vez mais aberta esses se preocupam em satisfazer interesses próprios em detrimento do bem estar comum, restando ao Poder Judiciário desfazer tais abusos e desmandos.

No entanto, não se pode coadunar que dentro de uma República Federativa, haja a instalação de um superpoder, ainda que este tenha, dentre todos os outros, uma atuação pautada na mais lúdima manifestação de senso democrático. É necessário que haja certos parâmetros que limitam esta atuação, como por exemplo, os Enunciados das Jornadas Nacional da Saúde acima tratada, ou ainda aquelas traçadas pela Suspensão de Tutela Antecipada - STA/175.⁵²

O Supremo Tribunal Federal ao decidir a STA/175 traçou alguns parâmetros para a solução judicial dos casos concretos que envolvem direito a saúde; são elas: i) averiguar se há existência ou não de política pública que atenda a pretensão de saúde requerida pela parte; ii) se a pretensão pleiteada pela parte não estiver entre

51 MACHADO, Marina Amaral de Ávila. *Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil*. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rsp/2011nahead/2403.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.3.2010. *DJe* nº 76. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

as previstas pelo SUS, é necessário averiguar se este fato decorre: iia) omissão legislativa ou administrativa; iib) decisão administrativa de não fornecê-la; iic) vedação legal e expressa à sua oferta; iiii) a análise da motivação para o não fornecimento daquela pretensão pelo SUS. Aqui deve ser analisada a hipótese do SUS fornecer tratamento alternativo, mas que não atende a necessidade do autor ou ainda que não disponha de nenhum tratamento específico para o caso daquele autor; iv) que haja uma ampla instrução processual, com ampla produção de provas de modo a permitir ao julgador que concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde, de modo que a decisão produzida esteja mais bem avaliada dentro do contexto geral e não apenas na presença de risco de morte do autor, ou seja, em última análise a supremacia do interesse público sobre o privado.

Entendemos também ser necessário que haja um divórcio absoluto do julgador de toda e qualquer paixão ou emoção pessoal, pois não há de se olvidar o quanto penoso seria negar, por exemplo, a uma criança de tenra idade que o Estado lhe custeie um transplante de intestino que somente é realizado nos EUA ao custo de US\$ 2.000.000 (dois milhões de dólares), sob a alegação que este custo é excessivo para o ente público e não se reverte em benefício algum à coletividade, enquanto rotineiramente se assiste atos de corrupção que fazem evaporar dos cofres públicos múltiplos desta quantia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXYS, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. *Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Notícias STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição 3388*. Rel. Min. Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195.192-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 22/2/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 255627 AgR, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 195.192-3*, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 22/2/2000. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-tuacao/saude/docs_jurisprudencia/recurso_extraord_195192.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 197.917/2004*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 255627 AgR*, Relator(a): Min. NELSON JO-

BIM, Segunda Turma, julgado em 21/11/2000, DJ 23-02-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+255627%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+255627%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa48esh>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.3.2010. *DJe* nº 76. Publicação: 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº. 13*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28sumula+vinculante+13%29%29+E+S%2EFLSV%2E&pagina=3&base=baseSumulasVinculantes&url=/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 19 abr. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada175- -AgR/CE, Rel. Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 17.3.2010. *DJe* nº 76. Publicação: 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *I Jornada de direito da saúde*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 09 jan. 2017

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Enunciados aprovados na I Jornada de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014 – São Paulo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: Método, 2007.

GALVÃO, Ciro diBenatti. Ativismo judicial: o contexto de sua compreensão para a construção de decisões judiciais racionais. *Revista Brasileira de Política Pública*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 88-99, 2015.

GOHN, Maria Gloria. *Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Traduzido em português por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filcbtiner. *O direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde no Brasil: Principais Aspectos e Problemas*. Disponível em: <http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ingo.pdf> Acesso em: 03 set. 2015

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Rev. Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 ago. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2015.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

VIDOTTE, Alexandre Ferrari. *Direitos coletivos e cidadania: a judicialização de políticas públicas de saúde e efeitos na gestão administrativa do Estado de São Paulo*. 2014. Dissertação (Mestrado) - Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 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.