

# REFLEXÕES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

## THOUGHTS ABOUT THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES IN BRAZIL

Márcia Aparecida Alves de Medeiros<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o enfrentamento diário do Poder Judiciário em relação à implementação de políticas públicas de saúde. Para garantir e dar efetividade ao direito à saúde a Constituição de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, pautado pelos princípios de universalidade, equidade e integralidade da atenção à saúde. Apesar de controvérsias sobre a judicialização de políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal admite a sindicabilidade dos atos praticados pelo Poder Executivo, bem como permite que o Poder Judiciário formule e implemente políticas públicas. Diante da amplitude do serviço e da escassez dos recursos orçamentários para concretizar o direito à saúde, concluiu-se que nessa tarefa o magistrado deverá prestigiar o tratamento oferecido pelo SUS, em detrimento àqueles escolhidos pelo paciente. Tal conclusão não afasta as prerrogativas do Poder Judiciário em analisar o caso concreto e decidir se a medida deve ser custeada pelo Sistema Único de Saúde.

**Palavras-Chave:** Judicialização; Políticas Públicas; direito à saúde.

**Abstract:** This article had as objective to reflect about the daily coping of the Judiciary regarding the implementation of health public policies. To guarantee and give effectiveness to the right to health, the 1988's Constitution established the Unified Health System – SUS, guided by the principles of universality, equity and integrality of attention to health. Despite the controversies about the judicialization of public policies, the Federal Supreme Court admits the tested of the committed acts by the Executive, as well as allows that the Judiciary to formulate and implement public policies. Before the range of services and the scarcity of the budgetary resources to achieve the right to health, it was concluded that on this task, the magistrate should prestige the treatment offered by SUS, over the ones chosen by the patient. Such conclusion doesn't deviate the prerogatives of Judiciary in analyze the concrete case and decide if the step should be financed by the Unified Health System.

**Keywords:** Judiciary; Public Policies; right to health.

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense - UFF, área de concentração Estado e Direito. Docente da Universidade Estácio de Sá. (marcia\_medeiros13@hotmail.com)

## 1 Introdução

O presente artigo tem como foco principal uma reflexão sobre a polêmica saúde pública no Brasil e o enfrentamento diário do Poder Judiciário em relação à implementação de políticas públicas que envolvem o direito à saúde e o risco de tais decisões ofenderem a ideia de justiça e equidade.

Será discutida a rotina de judicialização das políticas públicas de saúde e a extensão do direito à saúde, esse inserido no rol de direitos sociais. Apesar da discussão sobre a validade da judicialização de políticas públicas no Brasil, em especial do volume de demandas que envolve o direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal afirma que o Poder Judiciário, em tema de direitos fundamentais, está autorizado não só a controlar os atos praticados pelo Poder Executivo, mas formular e implementar políticas públicas, isto porque os direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira podem ser compreendidos como um projeto de redemocratização do país após a ditadura militar.

Ademais, é também abordada a efetiva concretização dos direitos fundamentais, que está intimamente ligada ao exercício da democracia. O constitucionalismo democrático reclama mecanismos de controle dos atos praticados pelos poderes de acordo com a teoria de freios e contrapesos, que permite um poder controlar os atos praticados pelos outros, a fim de garantir o Estado de Direito. Com isso o judiciário passa a ser dotado de capacidade de exercer a jurisdição sobre a legislação produzida, além dos atos praticados pelo poder executivo.

Os valores democráticos de governo impõe a participação efetiva do cidadão, para que este possa exercitar, em distintos graus e esferas, o seu direito fundamental de participação e no sistema de controle do poder político. A existência e a efetivação do Estado Democrático de Direito tem como fundamento o princípio da soberania popular, no qual a participação do povo nas decisões políticas e gerência pública são traços marcantes. Contudo, não se pode perder de vista que, os poderes são independentes e harmônicos entre si e esse princípio da separação de poderes deve ser analisado de forma ponderada, pois em relação a esta harmonia, surge a teoria dos freios e contrapesos, no sentido, de um poder frear ou contrapor o poder do outro.

Reconhece-se que a saúde é direito de todos, direito que deve ser garantido tanto através de políticas públicas, capazes de reduzir os riscos à saúde, bem como através de políticas capazes de propiciar o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde necessários à sua promoção, prevenção ou recuperação. Para garantir e dar efetividade ao

direito à saúde, a Constituição de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), pautado pelos princípios de descentralização, participação popular e integralidade.

O direito à saúde é um direito social e de acordo com a Constituição Federal, a concretização de tais direitos depende do planejamento, elaboração e implementação das políticas de saúde. Não há dúvidas que tais políticas objetivam melhorar as condições de vida da população e podem realizar a equalização de situações de flagrantes desigualdades no país.

No artigo serão observados quais são os critérios para legitimar e justificar a atuação do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais, decorrentes do princípio democrático, que podem permitir uma intervenção deste poder, seja na judicialização, seja no ativismo. Não se pretende de modo algum justificar o discurso da judicialização como um superdiscurso afastando o discurso das demais instituições políticas legitimadas. O que se propõe é uma reflexão sobre a norma positivada e aquilo que vêm sendo oferecido à sociedade, bem como a forma encontrada pelos jurisdicionados para dar concretude aos direitos sociais prestacionais.

Por outro lado, sem um sistema judicial independente, imparcial e tempestivo, os riscos de um colapso econômico e social são enormes. É necessário que a administração da justiça ocorra de forma eficiente, na busca de resultados, de maneira a preservar direitos, em especial à saúde. O que se reflete no presente artigo é se tais decisões além de impactar no orçamento público, põe em risco às ideias de justiça e equidade, com fundamento no discurso de proteção aos menos favorecidos.

## **2 Judicialização de políticas públicas**

Os temas judicialização de políticas públicas, ativismo judicial e juridicização de políticas são objetos de estudos em vários países, especialmente, aqueles democráticos, tanto por juristas, quanto por cientistas políticos, operadores do direito, poder público e defensores do Estado, que tanto abordam o empoderamento do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, como a falta de efetividade de tais decisões que nem sempre são cumpridas na integralidade. Além disso, há discussões sobre a irracionalidade das decisões pelos diversos tribunais no país, pois as sentenças proferidas pelo judiciário podem causar forte impacto no orçamento público. Algumas demandas individuais de alto custo podem impactar no oferecimento de novos serviços públicos à coletividade. Dessa forma, o Poder Judiciário ocupa um lugar estratégico no controle exercido pelos demais poderes, em especial os atos praticados pelo Poder Executivo.

O cerne da discussão está baseado na ofensa do pacto federativo, isto porque, uma decisão judicial pode violar o princípio da separação e harmonia entre os poderes. Para alguns críticos à judicialização, uma decisão do Poder Judiciário contra o Executivo certamente invadirá a esfera orçamentária. E por outro lado, tal decisão irá sindicatizar o poder discricionário da Administração Pública, além de o resultado dessas ações nem sempre corresponder à chamada justiça social, sob a ótica do princípio da isonomia e equidade.

Para Walzer, uma justiça distributiva deve ser conduzida pela defesa da diferença e de uma distribuição equitativa dos bens sociais, pois só se evita a dominação se os bens sociais forem distribuídos por motivos claros e internos. O autor define um conjunto de relações de modo que torne impossível o predomínio dessa dominação. Para ele, em termos formais, *a igualdade complexa significa que a situação de nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode definir sua situação em qualquer outra esfera, com relação a qualquer outro bem*<sup>2</sup>.

Desse modo, é preciso estabelecer que bens sociais diferentes, distribuídos por motivações diferentes e entre diferentes grupos de pessoas, podem contribuir com a construção de uma sociedade justa e igualitária, enquanto que uma distribuição igual de tudo, para todos e em qualquer momento e circunstância, pode conduzir a situações injustas.

Com a justificativa de cumprir suas funções, cada poder seja o executivo, o legislativo ou judiciário pode monopolizar um bem jurídico. Walzer pondera que a maioria dos bens sociais é e deve ser, distribuída com um maior ou menor grau de ingerência, dependendo do bem social de que se trate. O Estado desempenha papel fundamental nessa distribuição – não é nem pode ser alheio às valorações morais e individuais presentes na comunidade sobre esses bens.

De fato, as decisões políticas estão sempre muito bem fundamentadas e justificadas por diversas posições legais e morais. Nesse aspecto, o Poder Judiciário possui relevante incumbência na tarefa distributiva de bens. É esse órgão quem decide sobre questões de segurança, saúde, educação, moradia, emprego, previdência e transporte e, por isso, pode utilizar de distintos critérios de distribuição de bens.

O tema judicialização das políticas públicas ganha contornos relevantes nas diversas sociedades contemporâneas. Para Castro, tal fenômeno apresenta dois componentes:

---

<sup>2</sup> WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 23.

o primeiro é um novo "ativismo judicial", isto é, uma nova função dos tribunais judiciais decidindo além daquilo claramente descrito na norma, no sentido de expandir o escopo das questões sobre as quais eles devem formar juízos; e em segundo lugar, o interesse de políticos é autoridades administrativas em adotar: (a) procedimentos semelhantes aos processo judicial e (b) parâmetros jurisprudenciais em suas deliberações (muitas vezes, o judiciário é politicamente provocado a fornecer esses parâmetros).<sup>3</sup>

Vallinder, em importante estudo sob o tema, considera que existem dois tipos de judicialização da política:

1º - "from without", que é a reação do judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2º - "from within": é a utilização do aparato judicial na Administração pública, portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam.<sup>4</sup>

Entre os diversos autores que estudaram o tema a maioria defende que a judicialização da política mais comum é o controle jurisdicional de constitucionalidade. Para Maciel & Koerner, o termo "judicialização" expressa vários significados e, em virtude de sua polissemia, é preciso que o termo utilizado seja bem definido ou, ao menos, seu significado seja delimitado. Tal como os autores *A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la a critérios de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela próprio implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma decisão*. Daí que a ideia de que judicialização da política envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais<sup>5</sup>.

Sob o prisma do processo político, a judicialização da política contribui para o surgimento de um padrão de interação entre os Poderes, que não é necessariamente oriundo da democracia. Tate afirma que a *ideia é, ao contrário, que democracia constitui um "requisito" da expansão do poder judicial*<sup>6</sup>. Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional é parte integrante do processo de formulação de políticas públicas e deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas.

Ademais, a prerrogativa e dever do Poder Judiciário de dizer o direito ante um caso concreto, justificariam essa inerência na implantação de políticas públicas, baseada na

---

<sup>3</sup> CASTRO, Marcos Faro de, **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, V.12, n.34, jul.

<sup>4</sup> VALLINDER, op.cit. P.33.

<sup>5</sup> MACIEL, Débora Alves, & Andrei Koerner, **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. São Paulo: Lua Nova, n. 57, p.113-133.

<sup>6</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

aplicação imediata do direito fundamental à saúde e nas portarias do Ministério da Saúde. As decisões judiciais que levam em conta outras relevantes discussões travadas diariamente pelo Judiciário buscam de evitar grave lesão à ordem, à saúde e a segurança pública.

Por outro lado, a criação de normas por parte do judiciário, a denominada *judiciary law*, interfere no processo democrático. Cappelletti, na obra *Juízes Legisladores?* enfatiza que,

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneo, da maioria, e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances em face do crescimento dos poderes políticos e também controles adequados perante outros centros de poder (não governativos ou quase governativos) tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.<sup>7</sup>

## 2.1 Teoria da Separação de Poderes e a ingerência do Poder Judiciário

A Constituição preconiza o princípio da separação de poderes que deve ser entendido como uma divisão de poderes, a partir de funções especializadas de cada poder. Essa partição, por outro lado, impõe a necessidade de um sistema de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre estes diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito. Os poderes devem ser polivalentes, exercendo diversas funções a fim de garantir e assegurar os direitos positivados.

A utilização dos sistemas de controle contra arbitrariedades e imunidades de poder será tendencialmente mais denso quanto maior for o desrespeito aos direitos fundamentais. Caberá ao Poder judiciário, nesse sentido, proceder a invalidação das ponderações feitas pelo administrador ou mesmo pelo legislador, na conjugação entre interesses coletivos e individuais.

Baseadas nas conhecidas obras de Aristóteles (*Política*) e de John Locke (*Segundo Tratado do Governo Civil*), Montesquieu escreveu “*O Espírito das Leis*”, que trata em especial da Teoria dos Três Poderes. Refinando o modelo estudado por outros filósofos como Platão e Tomás de Aquino, na criação da chamada teoria da tripartição de Poderes, o filósofo iluminista utiliza-se das ideias desses pensadores, e com isso, explica, amplia e sistematiza a teoria. Acreditava o autor que para afastar governos absolutistas e evitar a produção de normas tirânicas e centralizadoras, seria fundamental estabelecer autonomia e limites de cada função estatal. Com isto, cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, num sistema de

---

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

freios e contrapesos, sem descuidar da autonomia de cada um no exercício de determinada função, mantendo-os então independentes e harmônicos entre si.

A ideia de um perfeito equilíbrio entre o poder central e os poderes periféricos está assentada na predominância daquele, pois como afirma Bobbio:

O nascimento e desenvolvimento das instituições parlamentares dependem, portanto, de um delicado equilíbrio de forças entre o poder central e os poderes periféricos. Onde o poder central goza de uma significativa preponderância (...) as instituições parlamentares vingam mal e dificilmente prosperam. Mas tampouco na situação oposta (...) existem condições para a consolidação dos Parlamentos: falta, na verdade, um estímulo que leve as várias forças do país a se unirem de forma duradoura<sup>8</sup>.

É por isso que a Constituição de forma sistematizada criou o sistema de freios e contrapesos, no qual um sistema de controle entre os poderes pressupõe a fiscalização dos atos pelo próprio poder através de controles internos e pelos demais poderes por meio de controles externos. Cada poder mantém a autonomia para exercer suas funções, mas sofre controle dos outros poderes, tudo no sentido de evitar excessos e a centralização nas mãos de um só poder. Chaves, sobre o tema ensina que *a teoria da separação dos poderes, com os instrumentos de equilíbrio e interferência do sistema de freios e contrapesos, permanece até os dias atuais como influência maior nos arranjos institucionais do mundo ocidental.*<sup>9</sup>

Neal Tate e Torbjorn Vallinder, citados por Eduardo Monteiro Lopes Junior, descrevem o fenômeno da judicialização da política no Brasil como uma “dramática fase de expansão global do poder judiciário”. Acrescentam que essa expansão, todavia, pode se manifestar de várias formas: *as duas primeiras formas de judicialização da política são o controle da legalidade e a revisão de atos normativos ou administrativos pelo Poder Judiciário, e ainda, a introdução ou ampliação de procedimentos judiciais nas instâncias administrativas do poder público*<sup>10</sup>.

Segundo Tate, existem certas precondições que facilitariam a expansão das competências jurisdicionais. Seriam elas:

a prevalência de regimes democráticos, a separação constitucional de poderes (funções), a positividade constitucional de direitos e garantias individuais, a utilização das vias judiciais por grupos de interesse de oposição política, a ineficácia

---

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: UNB, 11a. Ed, 1998, p.879.

<sup>9</sup> CHAVES, Vinícius Figueiredo, Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, V.1, N. 1, 2013, Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/35>. Acesso em 17 de janeiro de 2014.

<sup>10</sup> LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. P.38.

das instituições majoritárias e das políticas públicas e a delegação de competências às instancias judiciais pelas instituições majoritárias.<sup>11</sup>

Sob tal perspectiva, não se pode esquecer que o momento atual é marcado por intensas mudanças tanto na área do estudo Direito quanto na da Política, as quais visam conformar o ordenamento jurídico nacional ao processo de globalização e ao denominado Direito Global, além de promover as modificações consideradas necessárias nas estruturas da Administração Pública e no processo de implementação de políticas públicas. Essas alterações são hoje facilmente vislumbráveis, merecendo especial destaque o sensível incremento das concessões de serviços públicos, a criação das agências reguladoras, instituição das parcerias público-privadas, além da existência das organizações da sociedade civil de interesse público.

De acordo com Perlingeiro, o judiciário deve ser destinatário do princípio da isonomia, porque deve tratar igualmente os jurisdicionados que se encontram na mesma situação fática. Não se afasta a natureza do princípio da equidade das decisões judiciais, pois

(...) cuidando-se de causas de direito público, em que esteja em jogo comportamento ou atuação administrativa de alcance geral, a isonomia que decorre da prestação jurisdicional é duplamente necessária, principalmente em função do dever de igualdade a que sempre esteve vinculada a Administração Pública na esfera material e extrajudicial.<sup>12</sup>

A discussão gira em torno de conceder a um cidadão um direito fundamental que também poderia ser estendido a todos os que estivessem na mesma situação, sem efetivamente estendê-lo aos outros. *O erro porém está no fato de a administração não estender esse benefício, e não no fato de o judiciário reconhecer o direito*<sup>13</sup>.

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, apresentou em suas decisões sobre as demandas de saúde que,

(...) o direito à saúde não deve ser entendido 'como direito a estar sempre saudável', mas, sim, como o direito 'a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis'. No entanto, o ministro pondera que isso não significa que a garantia constitucional não tenha eficácia. 'Há certos deveres estatais básicos que devem ser cumpridos', explica. 'Assim, a atuação judicial ganha espaço quando inexitem políticas públicas ou quando elas são insuficientes para atender minimamente', conclui o ministro.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

<sup>12</sup> SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes. **A justiça administrativa brasileira comparada**. Revista CEJ. Brasília. Ano XVI, nº57.P.6-18-maio/ago/2012. p.11.

<sup>13</sup> PERLINGEIRO, *opcit*,

<sup>14</sup> STJ. Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. Sala de Notícias, últimas. Brasília, 04/04/2010. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/porta1\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562](http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562)>. Acesso em: dez 2013

No julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADIn, nº 1.484-DF o Ministro relator, Celso de Mello, aduziu que,

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados a conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento a interesses maiores dos cidadãos.<sup>15</sup>

Garapon argumenta que a ampliação do poder judiciário é decorrência da retratação do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir suas promessas e compromissos com a sociedade, em especial a falta de probidade e respeito à igualdade e justiça social, inerentes ao ideal democrático. Isso que gera uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o judiciário apenas contribui para ampliação da própria crise de autoridade da democracia.<sup>16</sup>

## **2.2 O Controle Judicial pelo Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal tem sido alvo da mídia brasileira rotineiramente, em razão dos inúmeros processos julgados ou que aguardam decisões sobre o interesse coletivo.

Vieira aduz que a enorme ambição da Constituição Federal de 1988, somada a paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo desses 25 anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. Para ele, após a Emenda Constitucional de Revisão nº 3/93 e da Emenda Constitucional nº 45/05, o Supremo Tribunal teve o seu papel político ainda mais ativo, tornando-se uma instituição singular. Para o autor, supremocracia diz respeito à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil.<sup>17</sup>

Por outro lado, o Supremo não apenas exerce a função de órgão de proteção de normas constitucionais, face aos potenciais ataques do sistema político, como também exerce, ainda que subsidiariamente, a função legiferante de criador de normas, *logo, o Supremo*

---

<sup>15</sup> MELLO, Celso. Julgamento da Adin por Omissão 1.484-DF. Relator Min. Celso de Mello:Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. DJU 28.08.2001 (Informativo STF 244).

<sup>16</sup> GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Tradução de Maria Luiza Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>17</sup> VIEIRA, opcit, p.445.

*estaria acumulando o exercício de autoridade, inerente a qualquer intérprete constitucional, com exercício de poder.*<sup>18</sup>

O fenômeno da supremocracia pode ser visto de forma positiva ou negativa, isto porque, por um lado o tribunal passa a se enxergar como dotado do poder constituinte reformador e, por outro, decidir matérias tão relevantes para a sociedade, que acabam por contribuir para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo<sup>19</sup>.

A flagrante omissão da Administração Pública favorece a judicialização de temas a princípio reservadas ao campo da política com um espaço institucional ampliado e reconhecido ao Supremo Tribunal Federal – como de resto, a jurisdição constitucional em si, - conduz, no Brasil, a um foco concentrado no tema do controle judicial das políticas públicas, numa trajetória, esta sim, atípica no que toca às Cortes Constitucionais.<sup>20</sup>

Nessa mesma linha de pensamento, Vanice Mello, ensina que

aqueles que afirmam que essa reivindicação de competência se traduz numa manifestação típica de ativismo judicial, o STF responde que sim – cuida-se, efetivamente, de ativismo – mas que esse comportamento se revela necessário e desejável quando se identifique violação à Constituição, especialmente pela via insidiosa da inação dos poderes políticos constituídos.<sup>21</sup>

Em relação ao tema Palu acrescenta que a crítica à jurisdição constitucional se desenvolve sempre em vista da distribuição de competências entre o legislador democrático e a atividade jurisdicional, sendo, portanto, sempre uma discussão em torno do princípio da separação de poderes.<sup>22</sup>

Engelmann, em sentido oposto, limita o empoderamento do Judiciário ao destacar três fatores que impedem um efetivo impacto das cortes no *policy making*, ou seja, a natureza limitada dos direitos constitucionais, a ausência de uma efetiva independência judicial, e, por fim, as restritas prerrogativas coercitivas do Poder Judiciário. Na visão desse autor, esses três obstáculos dificilmente conseguirão ser totalmente combatidos e o resultado disso está

---

<sup>18</sup> GARAPON, *opcit*, 1999.

<sup>19</sup> VIEIRA, *opcit*, 2008, p. 457.

<sup>20</sup> O Supremo Tribunal Federal já afirmou constituir competência sua – ainda que excepcional – empreender até mesmo a formulação de políticas públicas, na hipótese de reiterada omissão de parte dos demais braços do poder político organizado. Como precedente mais recente na matéria – repetindo, todavia, outras decisões no mesmo e exato sentido – consulte ARE 639337 AgR Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma Julgado 23/08/2011.

<sup>21</sup> VALE, Vanice Regina Lírio. **Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial**, Belo Horizonte: Editora Forum, 2009. P.32.

<sup>22</sup> PALU, Oswaldo Luiz. P.25.

materializado nas decisões da Suprema Corte norte-americana que raramente produzem mudanças relevantes nas esferas econômicas, políticas e sociais.<sup>23</sup>

### 2.3 A gestão da desigualdade social *versus* a judicialização

Discutir judicialização de políticas públicas sem adentrar na breve discussão sobre as flagrantes desigualdades sociais no Brasil é tarefa árdua, sobretudo a partir do desrespeito causado pelo Poder Executivo que deixa de cumprir, em maior ou menor grau, as imposições ditadas a ele pelo texto Constitucional.

A desigualdade e a exclusão são situações do cotidiano do brasileiro, que vive a mercê das opções políticas do Poder Executivo que promete uma política social única e legítima, mas que oferece abandono, em ofensa aos direitos fundamentais sociais. O respeito à igualdade, ainda, é tema de grande relevância, pois as instituições políticas que deveriam garantir e assegurar direitos, fornece o contrário, ou seja, tratamento desigual.

Habermas defende que para efetivação dos direitos fundamentais é necessário uma leitura da realidade. Para ele, ontem e hoje, a universalização dos direitos é o motor de uma diferenciação progressiva do sistema de direitos, sistema que logra manter segura a integridade dos sujeitos e,

Uma leitura “liberal” do sistema de direitos que ignore essa relação não tem saída senão entender erroneamente o universalismo dos direitos fundamentais enquanto nivelamento abstrato de diferenças, e de diferenças tanto culturais quanto sociais. Caso se queira tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças com uma sensibilidade sempre maior para o contexto.<sup>24</sup>

Havia a crença de que a modernidade e a globalização reduziriam fatalmente as desigualdades sociais, contudo, Boaventura afirma que a sociedade moderna ocidental passou a viver dupla contradição: a contradição entre princípios ditos universais, mas confinados na sua vivência às sociedades metropolitanas e, no seio destas, da contradição entre os princípios de emancipação, que continuaram a apontar para desigualdade e a inclusão social e os

---

<sup>23</sup> ENGELMANN, Fabiano; CUNHA FILHO, Marcio Camargo. **Ações judiciais, conteúdos políticos: uma proposta de análise para o caso brasileiro**, Artivo Rev.Sociol.Polit.Vol.21 n° 45 Curitiba Mar.2013. <http://dx.doi.org/10.1590/S0140-44782013000100006.23/09/2013>.

<sup>24</sup> HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Tradução George Sperber/ Paulo Astor Soethe (UFPR), São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.237.

princípios da regulação, que passaram a gerir os processos de desigualdade e de exclusão produzidos pelo próprio desenvolvimento capitalista.<sup>25</sup>

O mesmo autor, ao discutir sobre a desigualdade e a exclusão na modernidade ocidental, afirma que,

Marx, foi o grande teorizador da desigualdade na modernidade capitalista, e segundo ele, a relação capital/trabalho é o grande princípio da integração social na sociedade capitalista, uma integração que assenta na desigualdade entre o capital e o trabalho, uma desigualdade classista baseada na exploração. O autor afirma ainda que se Marx é o grande teorizador da desigualdade, Foucault (1977, 1980), é o grande teorizador da exclusão. Em síntese a desigualdade é um fenômeno sócio-econômico, e a exclusão é sobretudo um fenômeno cultural e social.<sup>26</sup>

Na visão de Cappelletti, o Estado criou organismos "quase judiciários" (agências, conselhos, tribunais administrativos etc.), que exercem tarefas não executadas pela magistratura, que visa controlar a atuação dos poderes políticos e proteger a sociedade contra os abusos daqueles poderes. Além disso, o Poder Judiciário passou a adotar uma postura mais ativa e criativa. No bojo dessa mesma discussão, cumpre indagar qual deve ser o papel dos juízes frente às crescentes demandas sociais e individuais, marcadamente em um país no qual persiste o "autoritarismo socialmente implantado", o qual contribui para a manutenção de relações de poder injustas, arbitrárias e clientelistas, impedindo que a maioria da população usufrua dos direitos outorgados pela atual Constituição? Em princípio, entende-se que os magistrados devem garantir o acesso à justiça, com o acesso universal e igualitário a decisões que sejam individual e socialmente justas.<sup>27</sup>

A desigualdade é um dos pilares da teoria desenvolvida por Walzer, condição criada pelo liberalismo, porque *em suas versões convencionais contemporâneas, é uma teoria insuficiente e uma prática política defeituosa*. Dependendo do sistema de política adotado pelo Estado, ocorrem mais desigualdades, já que são realizados investimentos vultosos em infraestrutura para receber, por exemplo, eventos esportivos, mas que acabam por abandonar serviços essenciais como a saúde. É por isso que este autor denota que os significados dos bens variam de uma sociedade para outra. A mesma coisa tem valores diferentes para sociedades ou Estados distintos, na medida em que a dimensão de valores atribuída a um bem em determinado local pode ser de maior importância do que para outros.

Não existe conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais em todos os mundos morais e materiais – senão tal conjunto deve ser concebido de maneira tão abstrata

---

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**, São Paulo:Cortez, 2006. P.280.

<sup>26</sup> Idem P.283.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. P.234

que tem pouca utilidade ao se pensar em determinadas distribuições de direitos sociais. Por isso, *todas as distribuições são justas ou injustas em relação aos significados sociais dos bens em questão. Assim, uma necessidade gera uma esfera distributiva especial, dentro da qual é ela mesma, o princípio distributivo adequado.*<sup>28</sup>

Dworkin preleciona que o magistrado deve selecionar entre as decisões possíveis e aceitáveis aquela que configure a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade, analisada ao longo de sua formação histórica, pois

Em qualquer interpretação aceitável, algumas cláusulas reconhecem os direitos individuais contra o Estado e a nação: liberdade de expressão, processo legal devido em ações criminais, tratamento igualitário na disposição dos recursos públicos, aí incluída a educação. A estabilidade na interpretação de cada um desses direitos, considerados um por um, tem alguma importância prática. Mas, por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça.<sup>29</sup>

Gisele Cittadino, citando Ingeborg Maus, acrescenta ainda que

a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originariamente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.<sup>30</sup>

Nessa linha de pensamento, o Poder Judiciário, que deveria estar vocacionado a concretizar a justiça no caso concreto, promovendo a microjustiça, muitas vezes não tem condições de, ao examinar determinada pretensão do cidadão a uma prestação de um direito social, analisar as consequências da destinação de recursos públicos, tudo em razão de beneficiar uma parte, em detrimento da sociedade como um todo.<sup>31</sup>

Conforme já ressaltados, desigualdade e exclusão social fazem parte do cotidiano de muitos brasileiros, contudo, tal realidade deve ser combatida, pois a igualdade, a liberdade, a segurança jurídica e a cidadania são reconhecidos como princípios emancipatórios da vida em

---

<sup>28</sup> Walzer, Michael. **Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade**, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 305-306.

<sup>30</sup> CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacazes. Ano II, n. 2 e ano III, n.3, p.135-144.2002.

<sup>31</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Renovar: Rio de Janeiro, 2001. P.126

uma sociedade livre e igualitária. Nesse sentido, a desigualdade e a exclusão podem ser justificadas como exceções ou incidentes de um processo societal.

O mínimo existencial vem a ser o núcleo de cada direito fundamental, mas não possa ser exercido de maneira plena, sob a justificativa de que o direito à saúde possui conteúdo programático, cabe ao Estado estabelecer suas metas de atendimento ao bem comum e garantir seu núcleo, que é o direito à vida. Não garantido esse mínimo existencial, pode o judiciário determinar que o Executivo cumpra com seu dever de prestações fáticas, pois a Constituição Federal, nesse ponto, possui densidade normativa suficiente para tanto.

## **2.4 Judicialização do Direito à Saúde**

O problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou importância teórica e prática, que não envolve apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos e os profissionais da área de saúde. Se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para a efetividade dos direitos fundamentais, por outro, tais decisões judiciais tem significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem obrigados a garantir prestações fáticas das mais diversas possíveis, muitas vezes em verdadeiro contraste com as políticas estabelecidas para o setor e além das possibilidades orçamentárias. Por isso, muito se discute que as decisões tem impactado o oferecimento de novos serviços na área de saúde.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, ao discursar na abertura do Seminário Internacional do Direito à saúde, em Brasília, afirmou que a judicialização dos direitos sociais à saúde é tema superlativo e deve ser enfrentado sem rodeios em razão do número cada vez mais freqüente de decisões administrativas e judiciais referentes ao pleito de cidadãos na busca por essa garantia elementar. Enfatizou que no *Brasil, a desigualdade no campo da saúde é tão expressiva, que se tornou imperativo para o Poder Judiciário atuar com bastante rigor e precisão para impedir que o fosse entre os cidadãos se alargue ainda mais*. Reconheceu ainda que diante das limitações orçamentárias, não se pode impor ao Estado a responsabilidade pela concessão ilimitada de tratamentos e medicamentos. Contudo, isso não deve servir como justificativa para o desrespeito a um direito que, além de constitucional, envolve uma garantia elementar, que é o direito à vida.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Palestra de abertura do Seminário internacional de Direito à saúde, associado ao Terceiro Evento Latino-americano sobre Direito à Saúde e Sistemas de Saúde. Realizado no dia 04.06.2013, na sede do Tribunal Superior do Trabalho, em Brasília.

Nesse enfoque, as decisões judiciais importarão em interferir em esferas diferentes, o que implica no juiz exercer um papel político privativo do gestor público. O Estado tem dever de prestação positiva, consistente num *facere*, e somente se desincumbirá desse quando necessitar de priorizar outro. O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção, traduz uma meta cuja não realização qualificar-se-á como verdadeira e censurável situação de omissão imputável do poder público, ainda mais, se estiver presente na lei fundamental delineada e idealizada pelo legislador, ocorrerá claramente, flagrante descumprimento e verdadeira omissão.

Os direitos fundamentais merecem, em razão da sua importância, um tratamento jurídico especial, que corresponda a sua qualidade de “fundamento da democracia”.<sup>33</sup> A ideia de democracia, segundo Torres, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe naturalmente na participação de cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado, alicerçada num conjunto básico de direitos fundamentais.<sup>34</sup> Para ele *há entre direitos fundamentais e democracia uma relação de interdependência ou reciprocidade* e, na conjugação desses dois elementos, surge o Estado democrático de direito estruturado como conjunto de instituições jurídico-político.

O advento do Estado Democrático de Direito tem fundamento na ideia de justiça social, cujas origens remontam ao século XIX. Para que o Estado consubstancie-se como Democrático de Direito deve declarar e assegurar os direitos fundamentais, que se manifestam vinculantes para toda a produção e interpretação do ordenamento jurídico nacional e para o exercício do poder estatal em suas três dimensões, em razão tanto de sua fundamentabilidade formal quanto material. Daí a concepção de Estado Democrático de Direito, que assegura e declara os direitos fundamentais, direitos subjetivos do indivíduo.<sup>35</sup>

De acordo com Díaz, o objetivo do Estado Democrático de Direito aponta para o dever de atender os anseios da sociedade. Por isso,

sendo a democracia modo de exercício do poder, é processo, o que significa que a técnica pela qual o poder, advindo da vontade popular, é exercido, deve coadunar-se aos procedimentos preestabelecidos mediante leis elaboradas por representantes eleitos, isto é, deve obedecer ao princípio da legalidade na execução do poder, pelo que o ato de autoridade tem validade segundo sua conformação legal, o que liga toda a execução da lei à origem, que é a vontade popular. (...) Enfim, é o Estado Democrático de Direito que se apresenta como organização político-estatal

---

<sup>33</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues. Artigo: **Em busca da judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova Abordagem**, Revista Sociologia Política, Curitiba, 23, p. 115-126, nov.2004.

<sup>34</sup> Idem, Torres, p. 524.

<sup>35</sup> TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: ed. Landy, 2003. p., 112-116.

possibilitadora de uma legalidade legítima, que se funda nos direitos fundamentais criados soberanamente pelo próprio povo, destinatário e co-autor da ordem jurídica, É nesse Estado que a autonomia política atua contra a arbitrariedade de um poder mediante sua domesticação pelo jurídico<sup>36</sup>.

Ao discutir a tensão entre o nacionalismo e republicanismo, Habermas afirma que a nação tem duas faces: a nação dos cidadãos ligados ao estado, fruto da vontade, como fonte de legitimação democrática e; a nação de compatriotas, gerada de maneira espontânea, que provê a integração social. Nesse sentido, os *cidadãos, por força da própria, constituem a associação política entre os livres e iguais, os compatriotas encontram-se em uma comunidade cunhada por uma língua e história comum.*<sup>37</sup>

No direito alemão acredita-se que a homogeneidade nacional deve ser condição necessária para o exercício democrático do poder, *pois, um estado democrático, que encontra os pressupostos de uma democracia na homogeneidade nacional de seus cidadãos, corresponde ao assim chamado princípio da nacionalidade, segundo o qual uma nação constitui um Estado e um Estado constitui uma nação.*<sup>38</sup>

Habermas discute a relação entre direitos humanos e soberania popular e tal construção pressupõe a participação dos cidadãos na produção de um discurso orientado para o entendimento. Para a configuração de um Estado efetivamente democrático tornam-se necessários que os direitos fundamentais e a democracia entrem em um inseparável contexto social.

Rouanet, em estudo sobre a tensão entre facticidade e validade do direito segundo Habermas, assevera que:

o direito só pode ser compreendido a partir da noção de uma tensão entre facticidade e validade, e que facticidade seria no plano dos fatos, das coisas como elas são e funcionam, a dimensão do êxito real, cega para questões de certo/errado. Validade seria o plano dos ideais, das normas que se reconhecem como corretas e que justificam as ações, dos valores que se reconhecem como importantes e que justificam as escolhas, das utopias que se reconhecem como inspiradoras e justificam as instituições existentes.<sup>39</sup>

O direito apareceria, nesse contexto, como um sistema social que utiliza a racionalidade estratégica para estabilizar as expectativas de comportamento mediante uma

<sup>36</sup> DIAZ, Elias. **Legalidad- legitimidade en el socialismo democrático**. Espanha: Editorial Civitas S.A., 1978. P.119-121.

<sup>37</sup> HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política, Tradução George Sperber/Paulo Astor Soethe (UFPR), São Paulo: Edições Loyola, p. 131.

<sup>38</sup> HABERMAS, Jürgen, op.cit, p.153. C.Schimitt. Verfassungslehre, Berlin, 1983, 231.P.153.

<sup>39</sup> ROUANET, Luiz Paulo; CAMARGO, Nathalya Maria Santos. **A tensão entre facticidade e validade do direito segundo Habermas**. Anais do XIV Encontro de iniciação Científica da PUC-Campinas – 29 e 30 de setembro de 2009 – ISSN 1982-0178. – O estudo descreve que Habermas elabora sua teoria do agir comunicativo, contida na obra Direito e Democracia: entre facticidade e validade, para analisar as instituições jurídicas e propor um modelo onde se interpenetram justiça, razão comunicativa e modernidade. Ao se referir à facticidade e a validade, Habermas intenta compreender a dualidade do direito moderno.

racionalidade processual formal que serve para gerar confiança aos cidadãos quanto à dominação legal.

A promoção dos direitos fundamentais como exercício de permanente legitimação democrática depende mais da vontade política do que vontade popular, principalmente no Brasil, país marcado pelas desigualdades, altos índices de analfabetismo, fruto da carência de educação e cultura política, e que dificulta a concretização do Estado Democrático.

A sociedade democrática prescinde da existência de direitos políticos formalmente reconhecidos na Constituição. Entretanto, Tate afirma que *independentemente de uma carta formal de direitos, a aceitação de que as minorias e os indivíduos têm direitos pode significar um ponto firme contra a supremacia da maioria, principalmente quando estiver em jogo a interpretação dos juízes.*<sup>40</sup>

A partir do entendimento de que o direito possui a arqueologia aberta de valores, surge uma moderna hermenêutica constitucional fundada na teoria da argumentação, capaz de conquistar racionalmente seus interlocutores, não só os personagens do caso, mas toda a sociedade.<sup>41</sup>

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito busca um ponto de convergência entre constitucionalismo e democracia e, a partir disso, a concretização dos direitos fundamentais se apresenta como elemento legitimador e estruturante dessa estatalidade. A Constituição, que outrora era considerada uma mera proclamação retórica de valores e diretrizes políticas, sem caráter vinculativo, deve ser concebida como verdadeira norma jurídica, que ocupa o topo da pirâmide normativa e decreta os fundamentos sobre os quais o Estado deve se erguer, em especial na a dignidade da pessoa humana.<sup>42</sup>

Sendo fruto de um processo de redemocratização do país desenvolvido ainda sob os auspícios da bipolaridade geopolítica mundial, a Constituição Federal de 1988 é um documento de semblante aberto que mescla o ideário liberal burguês com as reivindicações sociais do *Welfare State*. Um exemplo dessa dicotomia é encontrado no texto constitucional que coloca de um lado uma ordem econômica fundada na livre iniciativa, e, do outro, os

---

<sup>40</sup> TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Eds.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.

<sup>41</sup> HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. P.13.

<sup>42</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** ( O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil) *Revista Eletrônica – Direito do Estado*, n. 9, Nov/2005.

ditames da justiça social, da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana.<sup>43</sup>

Rodrigues, ao citar Karl Larenz, reconhece que a Constituição é, enquanto lei — tal como todas as outras leis (redigidas na maior parte em linguagem corrente) — uma obra de linguagem, que, como tal, carece de interpretação. Em consequência as decisões judiciais já não podem mais ser fundamentadas apenas com ponderações jurídicas, mas também com argumentos políticos. A interpretação da Constituição na parte referente aos direitos fundamentais frequentemente projeta o exegeta diante de "conceitos carecidos de preenchimento", assim como de padrões éticos como o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, que permite um amplo espaço à discricionariedade. A normatividade do direito não se atrela tão-somente ao conteúdo da norma em abstrato, mas também, ao grau de aceitabilidade da norma-decisão pela *consciência epistemológica* da comunidade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>44</sup>

Em relação à importância da interpretação na aplicação do direito, Streck observa que essa é um

(...) ato de integração, cuja base é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade).<sup>45</sup>

O magistrado a partir das técnicas de interpretação e aplicação do direito fará a opção, dentre as várias possibilidades, daquela que reputa a mais adequada e justa diante do caso concreto. A solução do caso concreto, por isso, estaria relacionada ao modelo de argumentação tópica cuja problematização de seus argumentos apontariam para decisões judiciais mais próximas de um conceito de justiça a evitar arbitrariedades.

Alcançar a efetividade da Constituição tem sido objeto de estudo e preocupação de muitos pensadores do direito e a noção de aplicabilidade está vinculada à eventual necessidade de uma atividade legislativa que torne possível a realização de certos efeitos da norma. Nesse sentido, a norma constitucional de eficácia limitada de princípio programático

---

<sup>43</sup> MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p.276-280.

<sup>44</sup> RODRIGUES, Carlos Eduardo Lopes. *Introdução ao pensamento e a obra jurídica de Karl Larenz*. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 1995.

<sup>45</sup> STRECK, Lênio. *Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.572.

decorre da dependência da atividade legislativa para que a norma possa surtir plenitude de seus efeitos.<sup>46</sup>

Entretanto, ao judiciário cabe a tarefa de trazer o direito para a realidade dos cidadãos, na busca da efetivação dos direitos fundamentais e não simplesmente acolher a tese de que são meras intenções do legislador, e que efetivamente possam ser desfrutados de forma plena e igualitária, sem distorções e discriminações. Em consequência urge reconhecer e proteger os direitos fundamentais, harmonizando-os com o Estado de Direito e impulsionando ao efetivo exercício da cidadania, fazendo o Estado cumprir as prerrogativas que defluem de um Estado Democrático.

Sob esse prisma, a prestação jurisdicional deve ser célere, justa e concreta, para que a justiça tardia não se torne uma verdadeira injustiça no que concerne ao direito à saúde. O que se deseja é uma prestação jurisdicional atenta às exigências e carências mais importantes, na busca da concretização e efetividade dos direitos.

A própria aptidão do texto para conduzir a sociedade na travessia para a consolidação democrática se apresenta, segundo Vanice Valle, em alguma medida, inesperada, dadas as características atípicas de uma transição que, não obstante originária das elites políticas inseridas no aparelho institucional do Estado, concretizou-se de forma negociada, conduzida sem ruptura mais significativa.<sup>47</sup>

### 3 Políticas de saúde pública no Brasil

O direito à saúde na condição de direito fundamental possui várias dimensões, que dificultam sobremaneira a concretização do direito. Assim, na denominada dimensão defensiva do direito à saúde, há que se considerar o princípio da proibição de retrocesso, que, embora ainda não esteja suficientemente difundido no Brasil, tem encontrado crescente acolhida no âmbito da doutrina mais afinada com a concepção do Estado democrático de Direito consagrado pela ordem jurídica.<sup>48</sup>

Canotilho preleciona que o direito à saúde não pode, continuar sendo reconduzido

---

<sup>46</sup> Segundo o autor “ como normas de eficácia limitada, sua aplicação plena, relativamente aos interesses essenciais que exprimem os princípios genéricos e esquemáticos, depende de emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses vidados” SILVA, José Afonso. Aplicabilidade de normas constitucionais. 3ª Ed., 2ª tiragem, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999. P.163.

<sup>47</sup> VALLE, Vanice Lírio. **Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: até onde nos podem levar as Asas de Ícaro**. 2012. p.3.

<sup>48</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: Uma exploração hermenêutica da Construção do Direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999 – PP 31 e SS.

exclusiva e irrefletidamente à condição de direito público subjetivo em face do Estado, já que manifesta sua atuação também na esfera das relações entre particulares.<sup>49</sup> Nesse sentido, partindo do conceito amplo do direito à saúde, que engloba vários outros direitos igualmente relevantes, em seu sentido mais abrangente, a saúde é resultante das condições de habitação, salubridade do local onde reside, alimentação, educação, renda, ambiente de trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde.

A discussão para criação de um conceito ampliado de saúde foi e é debatida por muitos estudiosos no assunto, e há uma necessidade de definir quais são esses direitos, que envolvem o oferecimento de políticas públicas adequadas ao pleno exercício dos direitos fundamentais.

A discussão no Brasil nasce a partir da criação do Sistema Único de Saúde - SUS, em que a sociedade civil, por meio de seus mecanismos de luta, simbolizados por inúmeros movimentos de reforma sanitária e sob a luz da conquista de direitos sociais, proporcionou a efetivação de uma política de saúde voltada para atender as expressões da questão social. Assume-se, assim, que um conceito de saúde mais abrangente é inerente ao anseio da sociedade civil como mecanismo de resistência à exclusão e às desigualdades sociais vivenciadas no país.

Esse modelo assistencialista preconizado pelo SUS indica um delicado conjunto de serviços que dependem de uma micropolítica de organização dos processos de trabalho para área de saúde. A produção da saúde pressupõe que o modelo assistencial se constitua sempre, a partir de certas contratualidades entre os atores sociais e políticos, mesmo que essa pactuação se dê sob forte tensão, na forma de organização da assistência.

A real implementação do SUS que ocorreu a partir da década de noventa, num contexto marcado pelas políticas de ajuste neoliberal no país, segundo Mendes, se somaram a enorme dívida social na área de saúde deixada pelas seguidas décadas de restrição democrática, entre as quais se destaca a herança do modelo de atenção à saúde médico-assistencial, privatista, de cunho curativista e hospitalocêntrico.<sup>50</sup>

A dificuldade na concretização do direito à saúde também se apresenta pelas demandas individuais que almejam por qualquer tipo de medicamento e produtos para saúde em detrimento da política de tratamento já estabelecida. Além disso, naquelas ações que visam à tutela de produtos de eficácia duvidosa, ainda não aprovados pelo órgão de controle

---

<sup>49</sup> CANOTILHO, Joaquim Jose Gomes. **Constituição e Teoria da Constituição**, 3ª. Ed, Coimbra, Almedina, 1999, PP 1204 e SS.

<sup>50</sup> MENDES, E. V. et. al. **Distritos sanitários a mudança das práticas sanitárias no SUS**. São Paulo: Hucetec, 1993, p. 53.

administrativo, cujo custo é proibitivo ao sistema de saúde e que compromete, por restrição orçamentária, o acesso de milhares de pessoas a medicamentos, de fato, necessários.

Dessa forma, as sentenças judiciais favoráveis a essas práticas, podem prejudicar a alocação racional dos já limitados recursos públicos e além de interferirem nas decisões discricionárias do Poder Executivo e fatalmente no planejamento e implementação de novos serviços e ações na área de saúde, que trarão prejuízos à coletividade. Nessa mesma perspectiva, as decisões judiciais podem ferir o princípio da equidade vigente no SUS, já que privilegiam apenas aqueles que se valem do Poder Judiciário em detrimento do usuário comum que depende do fornecimento gratuito de medicamentos.

O alcance à integralidade dos serviços de saúde pressupõe e exige tamanho esforço dos três poderes do Estado no conjunto epistemológico técnico e prático no cuidado da saúde. A integralidade da atenção à saúde ganha tamanha relevância e significa a busca pelo conhecimento na reconstrução de linhas de cuidado. Nesse sentido, integralidade envolve não só consultas, exames, medicamentos, mas também uma infinidade de projetos terapêuticos. Essa reconstrução da linha de cuidado da saúde pressupõe uma gestão técnica e eficiente dos profissionais de gestão associada entre os demais poderes.

São comuns decisões judiciais que condenam e ordenam que os entes públicos providenciem num prazo ínfimo medicamentos, tratamentos e outros insumos pleiteados, sob a ameaça de pena de multa diária ou a dispensa de procedimento de licitação pública para sua aquisição ou, ainda, que determinam o bloqueio dos orçamentos dos entes federativos, o que põem risco o orçamento público e desrespeitem a lista de espera de alguns pacientes.

Esse fenômeno de judicialização indiscriminada do direito à saúde passou a preocupar União, Estados e Municípios, já que o atendimento às ordens judiciais reflete de maneira significativa na organização e no planejamento das políticas públicas.

O conflito de interesses põe de um lado a sociedade, que irá arcar com o ônus econômico das decisões judiciais que se afasta do interesse público e, do outro, o particular que sofre com a não colocação em prática das políticas públicas necessárias e imprescindíveis.

O grande desafio, portanto, seja em um sistema de provisão pública, seja privada, consiste em formular e implementar políticas que possibilitem otimizar os recursos disponíveis sem comprometer a qualidade dos tratamentos, no sentido de ampliar o acesso da população aos medicamentos, com ênfase àquelas estratégias que promovam a melhor distribuição equitativa dos serviços públicos.

## 4 Conclusão

A reflexão necessária sobre a judicialização do direito à saúde ganha tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, poder legislativo e os profissionais da área de saúde. Com isso, a atuação do Poder Judiciário é instrumento viável para a efetividade dos direitos fundamentais. Entretanto, por outro, as decisões judiciais, que rotineiramente implementam políticas públicas de saúde, tem significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem obrigados a garantir prestações fáticas das mais diversas possíveis, muitas vezes em verdadeiro contraste com as políticas estabelecidas para o setor e muito além das possibilidades orçamentárias.

Obrigando a rede pública de saúde a financiar toda e qualquer demanda relacionada ao direito à saúde gera graves lesões à ordem pública e compromete gravemente o funcionamento de todo o sistema, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento aos cidadãos, principalmente àqueles mais carentes e que moram em locais distantes das grandes cidades.

O Poder Judiciário torna-se peça fundamental para o exercício efetivo da cidadania e, por via de consequência, para o cumprimento da democracia, a uma porque desempenha um papel central no processo político e, a duas, porque de forma imparcial e racional concretiza o exercício dos direitos fundamentais.

O debate em torno da universalidade, da integralidade de atenção e da equidade, é necessário para o progresso do Sistema Único de Saúde. Se por um lado o SUS é o maior sistema de saúde do mundo, que assegura tantos serviços e prestações pelo Estado, por outro, a realidade fática do cotidiano brasileiro é outra, porque a população convive com verdadeiro abandono, irresponsabilidade, insatisfação e omissão do Estado em relação ao direito à saúde.

Assim, o magistrado parte das técnicas de hermenêutica para efetivar os direitos fundamentais. Nesse jogo de acertos e desacertos na tarefa de interpretação do enunciado normativo, o juiz fará a opção, dentre as várias possibilidades que ele reputa a mais adequada, a mais justa diante do caso concreto. Desta forma, a solução do caso concreto está relacionada ao modelo de argumentação tópica cuja problematização de seus argumentos apontam para decisões judiciais mais próximas de um conceito de justiça.

Por fim, diante da escassez de recursos para oferecer a população todos os serviços com presteza, qualidade e de forma eficiente, em respeito aos princípios formadores do direito

a saúde, conclui-se que deverá ser prestigiado, no mínimo, o tratamento oferecido pelo SUS, em detrimento àqueles escolhidos pelo paciente.

## 5 Referências

BARROSO, Luís Roberto. Org. **A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

\_\_\_\_\_ **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

\_\_\_\_\_ **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** ( O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil) Revista Eletrônica – Direito do Estado, n. 9, Nov./2005.

\_\_\_\_\_ **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, disponível em [HTTP://direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf), acesso em 23 de novembro de 2013.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política, Brasília: UNB, 11 a. Ed, 1998, p.879

CAMARGO, Nathalya Maria Santos, **A tensão entre a facticidade e validade do direito segundo Habermas**, Anais do XIV Encontro de Iniciação Científica da PUC-Campinas – 29 e 30 de setembro de 2009.

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

CARVALHO, Ernani Rodrigues, Artigo: **Em busca da judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova Abordagem**. Revista de Sociologia Política, Curitiba, 23, p.115-126, Nov. 2004.

CASTRO, Marcos Faro de, **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, V.12, n.34, jul.

CHAVES, Vinícius Figueiredo, Possibilidades e riscos da judicialização da política para a consolidação democrática brasileira. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, V.1, N. 1, 2013, Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/35>.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacazes. Ano II, n. 2 e ano III, n.3, p.135-144.2002.

ESTEVES, Maria da Assunção. **Legitimação da Justiça constitucional e princípio majoritário**. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, 1995, p.130.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: O guardião de promessas**. Tradução de Maria Luiza Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. P.113-168.

\_\_\_\_\_ **A inclusão do outro: estudos de teoria política**, tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR), São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KELSEN, Hans. **A democracia**, Ed Martins Fontes, São Paulo, 2000.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamago. Lisboa:Fundação Gulbenkian, 1968.

MACIEL, Débora Alves, & Andrei Koerner, **Sentidos da judicialização da política: duas análises**. São Paulo:Lua Nova, n. 57, p.113-133.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil**, Revista de Direito Sanitário, São Paulo, V.9, p.73-91 – jul-out 2008.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A tese central de Jungen Haberman em facticidade e validade**. Estudos Jurídicos, 38(3):38-49 set/Dez. 2005

NETO, Arnaldo Bastos Santos, **As esferas de Justiça de Michal Walzer** como perspectiva de análise dos critérios de distribuição de bens sociais na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, Revista Nej – Eletrônica – vol. 17, n. 2 – P 287-304, maio-ago 2012.

NORONHA, J. C., 1999. Notas acerca dos conceitos de bens públicos e privados de saúde. In: *Financiamento e Gestão do Setor Saúde: novos modelos*. (M.F.S. Andreazzi & L.F.R. Tura, orgs.). Rio de Janeiro: Ed. Escola Anna Nery.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de Governo pela Jurisdição**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. P.20.

RAWLS, John, **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope: Can courts bring about social change*. 2ª Ed. Chicago: The University of Chicago. 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A gramática do tempo para uma nova cultura política**, São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes, Hermann-Josef Blanke, Karl-Peter Sommermann. **Código de Jurisdição Administrativa**, (o modelo alemão), *Verwaltungsgerichtsordnung (Vwgo)*, São Paulo, Renovar, 2009, p 41.

\_\_\_\_\_ **O princípio da Isonomia na tutela judicial individual e coletiva, e em outros meios de solução de conflitos, junto ao SUS e aos planos privados de saúde**, Revista da Procuradoria Geral de Belo Horizonte, ano 5, n. 10. P.217-227, jul/dez.2012.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.572.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (Eds.). **The global expansion of judicial power.** New York: New York University Press, 1995.

VIANA, Luiz Werneck., Marcelo Baymann Burgos e Paula Martins Salles, **Dezessete anos de judicialização da Política**, Tempo Social, Revista de Sociologia, USP, V.19 nº 2, P.P 39-85.

\_\_\_\_\_ **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**, Revista de Direito GV. São Paulo, 4(2) p 441.464, Jul-Dez.2008.

WALZER, Michael, **Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.