

**O ATIVISMO JUDICIAL E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: A
LIMITAÇÃO DOS ORÇAMENTOS PÚBLICOS E A GARANTIA DO
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

*JUDICIAL ACTIVISM AND THE INTERVENTION OVER JUDICIARY POWER:
PUBLIC BUDGETS LIMITATION AND FUNDAMENTAL
HEALTH RIGHT GUARANTEE*

*Sandra Regina Martini**
*Pablo Henrique Cordeiro Lessa***

Resumo: A ineficácia do poder público em promover a saúde pública levou a um novo fenômeno que pode ser visualizado na maioria dos regimes democráticos: o ativismo judicial. O fenômeno, que visa garantir a aplicação de princípios e regras constitucionais, recebeu muitas críticas, sobretudo por ferir a divisão tripartite do poder. A população, por muitos anos, teve que conviver com o problema da inércia, mas, finalmente, alguns dos poderes pareceu se sensibilizar com as demandas sociais. A forma das decisões visa à promoção do interesse público, basilar do Direito Administrativo. Isso denota, principalmente, a indivisibilidade do Direito e a sua interpretação de modo sistêmico, a integrá-lo. Portanto, é importante, antes de criticar, compreender o ativismo judicial, bem como os motivos que levam à sua existência e ao que ele visa resguardar. Assim, questões como a legalidade e a necessidade de sua existência são vistas como essenciais para que sejam alcançados o bem-estar e a justiça sociais.

* Pós-doutora em Direito (Roma Tre, 2006) e em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010). Doutora em *Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti* pela Università Degli Studi di Lecce (2001). Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997). Graduada em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983). Foi Professora titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, da Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli e professora visitante da Università Degli Studi Di Salerno. Foi diretora da Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul (janeiro de 2007 a fevereiro de 2011). Foi membro (de janeiro de 2008 a dezembro de 2013) do Conselho Superior da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Atualmente é Pesquisadora Produtividade 2 do CNPq, professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), professora-visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD). É avaliadora do Basis do Ministério da Educação e Cultura e do Basis do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Parecerista ad hoc CNPq e CAPES. Conferencista no Brasil e no exterior. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em sociologia jurídica, atuando principalmente nos seguintes temas: Saúde Pública, Políticas Públicas, Sociologia Jurídica e Sociedade e Direitos Humanos. E-mail: srmvial@terra.com.br

** Mestre em Direito, com ênfase em Direito Alemão e Europeu, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2016) e Comércio Exterior pela Universidade de Fortaleza (2015). Aluno do Centro de Estudos em Direito Europeu e Alemão (CDEA) - DAAD. E-mail: pablolessadv@gmail.com.

Palavras-chave: Constituição. Direito à Saúde. Ativismo judicial. Legalidade. Bem-estar Social.

Abstract: The inefficiency of public power in promoting public health has led to a new phenomenon that can be seen in most democratic regimes: judicial activism. The phenomenon, which aims to ensure the application of constitutional principles and rules, received many criticisms, especially for harming the tripartite division of power. The population, for many years, had to cope with the problem of inertia, but finally some of the powers seemed to worry about social demands. The form of decisions aims to promote public interest, the basilar of Administrative Law. This denotes the indivisibility of law and its interpretation in a systemic way to integrate it. Therefore, it is important, before criticizing, to understand judicial activism, as well as the reasons that lead to its existence and to what it intends to protect. Thus, issues such as legality and the necessity of their existence are seen as essential for achieving social welfare and justice.

Keywords: Constitution. Right to health. Judicial activism. Legality. Social Welfare.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil passa por um sério problema de acesso à saúde: a incapacidade do Poder Executivo na promoção deste direito fundamental, expondo milhares de pessoas às imensas filas de espera, bem como negando a feitura de procedimentos e de medicamentos essenciais à vida das pessoas. A Lei 8.080, de 1990, mais conhecida como lei do Sistema Único de Saúde (S.U.S.), tratada como o artifício legal que iria resolver o problema, explicitou a fragilidade do sistema de saúde no Brasil. O conflito de competências e a discricionariedade presente, muitas vezes, nos atos administrativos que visam prover a saúde tornam o seu oferecimento moroso, prejudicando a população.

Nesse contexto, o ativismo judicial, pautado no dever de promoção da justiça social que bastantes magistrados acreditam ter, desequilibram os orçamentos públicos (finitos) e acabam prejudicando outras áreas. A prática também envolve elementos basilares do Estado, como o princípio da separação de poderes que, uma vez desregulado, pode tornar inviável a atividade estatal.

O presente trabalho desenvolve sua construção sob a temática do limite de atuação do ativismo judiciário e os entraves presentes no Direito Administrativo, que, apesar de possuir a eficiência como um de seus princípios explícitos, de fato não cumpre seu papel.

Penna e Salvador (2014) afirmaram que “muito se discute acerca da legitimidade e efetividade desta atuação, [...] quanto a sua legalidade, questiona-se a conservação do princípio da separação de poderes, do princípio da segurança jurídica, bem como se o judiciário é o meio eficaz para concretização destas políticas”.

Assim, é incerta a possibilidade ou não dessa atuação judicial, bem como se ela vai de encontro ou não ao princípio da separação de poderes, um dos mais importantes da divisão estatal brasileira. Para sanar o problema, é necessário que as mais divergentes opiniões sejam analisadas a fim de promover um debate coerente.

É almejado, portanto, contribuir com a discussão a respeito da necessidade ou não da presença do ativismo judicial na resolução do problema ou se somente através de uma mudança legislativa profunda se alcançaria uma efetiva melhora na oferta da saúde no país e se o mesmo é capaz de superar os entraves em que está inserido para se firmar como o promotor da justiça social e do estado de bem-estar social.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO, A CONSTITUIÇÃO E AS LIMITAÇÕES REFERENTES ÀS COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS

Penna e Salvador (2014) destacaram que a Constituição Brasileira, quanto tratou da repartição de poderes, determinou que outros poderes poderiam atuar quando houvesse inércia daquele legalmente incumbido para a ação. Dessa forma, a harmonia dos poderes fez com que todos agissem de modo a contribuir para o bem-estar social e, a fim de evitar lacunas, outro poder pudesse atuar quando fosse oportuno e o problema pudesse ser sanado.

A Constituição Brasileira (1988) se referiu ao direito à saúde em dois artigos. O artigo 6º determinou que “são direitos sociais a educação, saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, [...]”. Paralelamente, o artigo 196, tratou da saúde de maneira mais direta, quando prelecionou que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

O princípio da isonomia, alegado por alguns como tratamento igualitário a todos os cidadãos, caso fosse entendido dessa maneira, limitaria o acesso à saúde variando de acordo com as particularidades de cada enfermidade. No entanto, após construção hermenêutica, ficou pacificado que ele deve levar em conta o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas diferenças.

Os problemas de saúde pertencem a um universo vasto, variando, inclusive, em relação à gravidade e à urgência de tratamento, então a separação de pessoas em grupos que podem ser atendidos mais ou menos rapidamente pelo Estado não feriria o princípio da isonomia, sobretudo quando consideradas a razoabilidade e a proporcionalidade no oferecimento de tratamentos e medicamentos e as suas ordens de fornecimento.

Nesse sentido, Santos (2005) prelecionou que a consideração da saúde de forma isolada das condições que cercam o indivíduo e a coletividade levaria à antiga consideração da mesma unicamente em seu aspecto biológico, desprovido de interferências que não ultrapassassem o homem e seu próprio corpo. Barroso (2013) citou a dignidade da pessoa humana, que funciona como princípio basilar da nova hermenêutica constitucional, como princípio integrador.

Paralelamente, Medina (2011) afirmou que é difícil que a Constituição consiga alcançar todos os acontecimentos da realidade, mas que sua força normativa é constante e, com o passar do tempo, torna-se mais forte o seu efeito. O autor também destacou que o julgador deve olhar para fora da Constituição em busca do significado do documento.

Cappelletti (1999, p.32) destacou que a “Constituição [...] trouxe mudanças valorativas ao direito brasileiro, atribuindo crescente importância aos princípios constitucionais [...], o reconhecimento de diversos direitos individuais e sociais e garantias à sua efetiva proteção jurídica, [...] inserção do Judiciário na arena política”.

Tais autores fomentam a opinião de que a Constituição, tal como prelecionou Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito, é a norma basilar do ordenamento jurídico de um Estado, e sua aplicação é mandatória e imediata, não podendo interesses diversos daqueles que visem promover o Estado ao seu grau de bem-estar social serem postos em posição de superioridade sobre a Carta Magna.

2.1 PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES

Alguns princípios do Direito Administrativo regulam a atividade estatal. Entre eles, podemos citar o da legalidade, que, segundo Meirelles (1998), vem citado no artigo 37, caput, da Constituição Federal, tratando da sujeição do administrador público, enquanto exerce sua atividade funcional, ao que ordena a lei e às exigências do bem comum, não podendo se afastar deles sob pena de praticar ato inválido.

Meirelles (1998, p.86) afirma que “a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe”. Se formos seguir diretamente este princípio, o Estado, segundo a Constituição, tem o dever de promover a saúde pública, não estando à sua discricionariedade a feitura ou não de ações que visem à proteção de todos. Assim, não há liberdade nem vontade pessoais.

Somado a essa ideia está o princípio da moralidade. Meirelles (1998, p.87) preceitua que “cumprir simplesmente a friezsa de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”. O autor, assim, quis destacar a importância da observação da moral e da finalidade dos atos administrativos e da legislação para não se criar algo dissociado da realidade e do que é almejado por elas. A ética entra, segundo o autor, como elemento essencial da moralidade jurídica que deve estar relacionada à administração pública.

Quando se trata de saúde pública, não há porque se considerar moral o ato de um administrador público que, apesar de analisar a situação de um paciente e averiguar que ele está em situação grave, próximo à morte, mesmo assim nega a feitura de procedimento para tentar resguardar sua vida.

No entanto, em posição contrária se destaca o princípio da impessoalidade. Meirelles (1998) o define como a circunscrição da finalidade e da impossibilidade de favorecimento pessoal por parte da administração pública. A finalidade trata do fim dos atos administrativos, que deve ser o interesse público. Ela, para o Direito Administrativo, bem como para os Direitos Civil e Processual Civil, que a tratam, entre outras formas, sob a égide do princípio da fungibilidade, é

mais importante que a forma. Porém, isso não é levado em conta, muitas vezes, no Direito Constitucional.

A impossibilidade de favorecimento pessoal também é utilizada como argumento, por parte do agente público, para justificar a carência no oferecimento de serviços de saúde individualizados, já que, segundo o mesmo, colocaria o interesse particular em prioridade sobre o público. Entretanto, sabe-se que as pessoas possuem demandas diferentes, sobretudo em relação às diversas enfermidades existentes, as quais simplesmente acometem as pessoas sem pedir licença. O argumento tratado anteriormente põe em risco o interesse público ao passo que não cumpre uma das demandas sociais, a da proteção à saúde. A justificativa genérica para embasar a inércia, ou porque não a omissão, incute na sociedade a descrença em relação ao agente público, que é visto como incapaz de atingir o interesse público.

Moraes (2009, p.407) disse que “a Constituição Federal [...] previu a existência dos Poderes do Estado [...] independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais”. Tal consideração define a repartição tripartite do poder, significando a independência no fato de nenhum deles estar submetido a outro, e a harmonia através da existência conjunta e que almeja atingir os mesmos fins: a continuidade do Estado e o bem-estar social.

Para evitar a existência de atos ilimitados, foi instituído, também, um sistema de freios e contrapesos, como a ação direta de inconstitucionalidade, o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Na prática, Ribeiro (2013) determinou que “devido a uma negligência por parte do Executivo, do Legislativo e da própria administração pública, o Poder Judiciário, tem, cada vez mais sido chamado para fazer garantir e aplicar direitos de competência daqueles”. É aí que se inicia o chamado ativismo judicial.

Ribeiro (2013) afirmou que a Constituição favoreceu o ativismo judicial, pois inseriu normas com textura aberta em vez de instituir definições precisas e unívocas recorrentes na ordem jurídica. O autor também considerou que a atuação proativa do Judiciário é constitucional, pois tudo aquilo que, teoricamente, for inconstitucional, passará pelo crivo do poder, o que configura amplo exercício da democracia, caracterizando a positividade do ativismo judicial.

Verbicaro (2012, p.17) definiu que o ativismo judicial “expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido

e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”. Tal extensão é possível através das novas vias de alcance da Constituição às situações cotidianas, proporcionadas pela tutela do poder Judiciário.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS

Penna e Salvador (2014) expuseram que é imperativa a análise da atuação judiciária na proteção dos direitos fundamentais, sobretudo sob uma visão constitucional. Somado a isso, Kirchner (2013) destacou que, em nível mundial, as cortes constitucionais foram essenciais na garantia de direitos fundamentais e humanos, como no voto feminino e na liberdade civil para a população negra; ao passo que, em nível nacional, estão incluídos nesse rol a união estável homoafetiva, o aborto para os fetos anencéfalos e as cotas sociais no Ensino Superior.

Segundo Pinheiro Neto (2012, p.1203), “as políticas públicas criadas pelo Estado estão ganhando, cada vez mais, contornos jurídico-constitucionais no sentido de atender ao preconizado pela Constituição Federal, especialmente a fim de buscar a efetivação dos direitos fundamentais”. Assim, a Carta Magna aumenta seu grau de importância direta na vida dos cidadãos, não agindo mais como legislação de alcance distante da realidade social, mas bem próximo a ela.

Neste cenário, o autor considerou a facilitação da pressão sobre o administrador público, que deve respeitar a Constituição e, obrigatoriamente, elaborar políticas públicas que alavanquem os direitos fundamentais para não sofrer intervenção judicial em suas decisões.

Ohlweiler (2010) defendeu que, através do novo constitucionalismo, o cidadão foi colocado no centro, em detrimento do modelo antigo em que havia a separação e certa relação de hierarquia entre o Poder Público e o mesmo. Com essa conquista, torna-se mais fácil atingir a ideia de dignidade da pessoa humana, às vezes, aparentemente, tão abstrata.

3 O ATIVISMO JUDICIAL E A EXECUÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Ribeiro (2013) prelecionou que a população, com o acesso à Justiça facilitado e frente à inércia dos poderes públicos, passou a exigir que o Judiciário se manifestasse para garantir os

direitos assegurados pela Constituição. O autor disse que tal marco trouxe as primeiras manifestações neoconstitucionalistas, que possuem em seu conteúdo a judicialização da política e o ativismo judicial.

Gomes (2009) classificou o ativismo judicial em inovador, quando cria uma norma ou um direito; e revelador, quando cria um direito a partir de princípios constitucionais ou normas lacunosas. O mais frequente e tratado em temas referentes à saúde é o revelador, pois o direito já é universal, faltando apenas mecanismos de cumprimento dele.

Barroso (2013) destacou que a Constituição é explorada ao máximo pelo ativismo judicial, entretanto com a ressalva de que o Direito continua livre para ser reinventado e recriado. Posição que parece coerente, pois o juiz que determina a entrega de um medicamento, por exemplo, não está criando norma nova, como no caso do juiz inovador, mas está efetivando, de fato, uma garantia constitucional.

Segundo Penna e Salvador (2014), o termo ativismo judicial, embora impreciso, decorre da atuação do Judiciário quando age em áreas dos poderes Executivo e Legislativo. Os autores disseram que a principal interferência é no sentido de suprir lacunas deixadas pelo poder Legislativo e que ela está embasada na efetivação dos direitos fundamentais, quando o poder Judiciário, para garantir valores constitucionais aos cidadãos, interfere nas políticas públicas. Dessa forma, eles acreditam que o ativismo judicial pode constituir ferramenta de realização da democracia.

Pinheiro Neto (2012) afirmou que o Legislativo já expediu leis que visam à prestação de serviços de saúde pública, como a lei 8.080/1990 e a lei 8.142/1993, o que descaracteriza a necessidade de intervenção do Judiciário no âmbito do poder Legislativo. Em relação ao Executivo, o autor defendeu que políticas públicas já são efetivadas pelo Ministério da Saúde, como a Portaria 2.048/2009, que aprovou o Regulamento do Sistema Único de Saúde e que tratam de diversas políticas públicas de saúde em nível nacional, sendo, decisões judiciais que visam concretizá-las, nada além de mera subsunção.

Os autores Penna e Salvador (2014) apontaram a possibilidade de impacto negativo do ativismo judicial sobre o descaso do poder público, que pode vir a ser majorado se o Judiciário surgir como outra via para sanar o problema. Em posição de concordância está Santos (2005), que

disse que “se a Constituição tratou a saúde sob grande amplitude, isso não significa dizer que tudo que está ali inserido corresponde a área de atuação do Sistema Único de Saúde”. O comentário do autor se tece, aparentemente, contra o ativismo judicial, visto que vai de encontro aos argumentos fundamentais que embasam a atividade judicial de modo a garantir a saúde em sentido amplo.

Torres (2010) defendeu que em casos em que não há dotação orçamentária, compete ao Legislativo e ao Executivo a realização da organização, sendo incumbido ao Judiciário apenas a proteção ao mínimo existencial. Vale ressaltar que em casos onde há escassez de recursos, cabe ao Poder Público provar que não pode suportar os gastos. Santos (2005, p. 1) foi além e destacou que:

O SUS deve atuar em campo demarcado pela lei, em razão do disposto no art. 200 da CF e porque o enunciado constitucional de que saúde é direito de todos e dever do Estado, não tem o condão de abranger as condicionantes econômico-sociais da saúde, tampouco compreender, de forma ampla e irrestrita, todas as possíveis e imagináveis ações e serviços de saúde, até mesmo porque haverá sempre um limite orçamentário e um ilimitado avanço tecnológico a criar necessidades infundáveis e até mesmo questionáveis sob o ponto de vista ético, clínico, familiar, terapêutico, psicológico.

Contrários aos autores mencionados estão Souza Neto (2002), que disseram que se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas do Legislativo, é também legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, sobretudo se ela barrar o pleno exercício da democracia.

Em concordância está Pinheiro Neto (2012), que afirmou que era importante ressaltar que o direito à saúde não encontrava muita resistência na concessão de liminares, já que possui amparo constitucional e envolve situações que demandam urgência.

3.1 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Em seu artigo 196, a Constituição Federal (1988) prelecionou que “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 a sua promoção, proteção e recuperação”. Os entes federados devem agir conjuntamente de modo a promovê-la em todos os âmbitos estatais: municipal, estadual e federal.

Moraes (2009) destacou que os direitos sociais são fundamentais do homem, ou liberdades potestativas, que devem ser, obrigatoriamente, observadas quando se trata de um Estado Social de Direito, como ocorre no Brasil. Tal fato tende a melhorar a vida dos hipossuficientes, que estão, socialmente, em posição desfavorável, objetivando a realização da igualdade social.

Nesse sentido, Ribeiro (2013, p.01) destacou que “a saúde é inerente ao ser humano, bem como à sua vida com dignidade, sedo fundamento da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III”. De fato, é impossível que qualquer pessoa possua dignidade sem saúde, visto que, nesse caso, a pessoa apenas sobreviverá, sem qualquer capacidade para desempenhar atividades regulares, para realizar a sua função social e para aproveitar os prazeres aos quais pode usufruir em vida.

Mendes, Coelho e Branco (2009) afirmaram que, tratando-se de direito público subjetivo, a saúde é dever do Estado, sem considerar quaisquer reservas do financiamento possível. Logo, entre os direitos fundamentais, aqueles ligados à vida merecem atenção especial, pois, sem vida, aquele indivíduo não será sujeito de direitos, ou seja, não há porque se falar em Direito. O Direito é uma construção que vem a servir à sociedade para que haja um bom funcionamento e para que todos vivam bem e com dignidade.

Assim, Santos (2005) defendeu que houve a troca de um sistema que considerava a saúde pública como dever do Estado apenas no âmbito da coibição e da prevenção da propagação de doenças que punham em risco a coletividade por um modelo que se desenvolve através da execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação.

A Constituição Federal (1988) trouxe, em seu artigo 24, XII, que “compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII – previdência social, proteção e defesa da saúde”. Então, cada um dos entes pode ter regras próprias voltadas à saúde, bem como órgãos que visem agilizar o atendimento das pessoas, mas nenhum pode agir de maneira a prejudicar os administrados.

Ribeiro (2013, p. 1) disse que “a saúde é norma de ordem pública, imperativa e inviolável, cabendo ao Estado concretizar tal direito”. É indisponível, o Estado tem dever de

prestar; improrrogável, não pode protelar o seu oferecimento; e inderrogável, não pode delegar obrigatoriamente a uma pessoa diversa para que promova.

Santos (2005) argumentou que, mesmo que o sistema de saúde tivesse atuações preventiva e curativa, as pessoas que viviam em condições de precariedade seriam atingidas por maior número de doenças que aquelas que viviam em condições melhores, ainda que o sistema de saúde oferecesse um excelente serviço de recuperação. É exatamente isso que se tem percebido no Brasil. Após a permissão da exploração de atividades de fornecimento da saúde por parte da iniciativa privada, quem pode pagar possui, além de contar com tratamento mais célere e qualificado e com acesso às melhores tecnologias e medicamentos, uma condição de sobrevivência mais estável, higiênica e saudável.

Enquanto isso, as populações mais pobres necessitam se submeter às longas filas de espera, aos hospitais superlotados e aos profissionais da saúde, muitas vezes, desinteressados em melhorar, de fato, a qualidade do serviço, priorizando o salário que recebem em detrimento do tratamento do paciente. Até naqueles locais em que a saúde é oferecida de maneira adequada por parte do serviço público, após a resolução dos problemas, a pessoa voltará a conviver com a mesma situação de precariedade anterior e estará mais sujeita à contração de outras doenças que aqueles indivíduos citados no parágrafo anterior.

Em concordância, Santos (2005) defendeu que, caso não ocorra redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza e a melhoria do modo de vida das pessoas, a saúde será o setor que concentrará todas as mazelas das péssimas políticas sociais e econômicas. Entretanto, o autor também destacou que o direito à saúde não pode pretender garantir a melhoria da renda, da educação, da moradia, entre outros, pois elas não estão a cargo do setor de saúde, apesar de serem determinantes para o bem estar físico, mental e social da pessoa. Inere-se, portanto, que a melhoria deve ser efetivada de maneira conjunta entre todos os setores, caso contrário, tornam-se ineficientes melhorias pontuais.

3.2 ANÁLISE DA SITUAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

Ribeiro (2013) destacou que a realidade brasileira demonstra várias pessoas pelo país abandonadas pelo Estado, as quais ficam no chão de corredores de hospitais sem receber o tratamento adequado, chegando ao extremo de haver óbitos devido à ausência de medicamentos, infecções, carência de profissionais, entre outros fatores. Para o autor, os entes federados, quando agem assim, ferem a dignidade da pessoa humana; não cumprem os objetivos fundamentais pertinentes à sociedade livre, justa e solidária; não erradicam a marginalização; permitem que as desigualdades continuem; e, em âmbito mais geral, não promovem o bem de todos.

IPEA (2012) demonstrou que o Brasil emprega apenas 5,9% do seu orçamento nos serviços de saúde pública, ao passo que o mundo emprega cerca de 14,3%. Segundo o Instituto, o crescimento não fez com que o país aumentasse consideravelmente os investimentos e se aproximasse da média mundial; já que cerca de 56% do que é gasto em saúde é proveniente dos recursos do contribuinte.

IPEA (2012) destacou, também, o baixo número de leitos presentes no país, que possui uma média de 26 leitos hospitalares por 10 mil habitantes, valor próximo ao de países bem mais pobres, como o Suriname. Em relação ao número de médicos por habitante, o Brasil está acima da média mundial, pois conta com média de 17,6 para cada 10 mil habitantes, ao passo que a planetária é de 14 médicos para cada 10 mil pessoas. Entretanto, esses médicos estão mal distribuídos no território brasileiro, que possuía, antes do programa Mais Médicos, inúmeros municípios que não possuíam, sequer, um médico.

IPEA (2012) também disse que o investimento público por habitante do Brasil no campo da saúde triplicou desde 2000, chegando ao valor de US\$320 por ano. Apesar disso, o valor ainda é considerado baixo, visto que a média mundial é de US\$549 por ano para cada pessoa. Em 2010, os investimentos em saúde representaram apenas 3,77% do Produto Interno Bruto do país. Tais valores tenderam a puxar o Índice de Desenvolvimento Humano brasileiro para baixo, colocando-o atrás de Argentina, Uruguai e Trinidad e Tobago.

3.3 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

Barroso (2013) definiu o ativismo judicial como uma faculdade do magistrado em como interpretar normas constitucionais, de modo a expandir o sentido e o alcance, geralmente vinculado à retração dos outros poderes. Ribeiro (2013) tratou da “participação mais intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”. Tais valores e fins, postos de maneira, às vezes, implícitos, necessitam de uma atuação mais árdua de algum dos poderes para serem postos em prática, caso contrário acabam perdendo suas eficácias. No caso do Supremo Tribunal Federal, tratado como guardião da Constituição, tal atuação não configura faculdade, mas sim dever de agir e de proteger.

A saúde pública já foi incluída no rol desses direitos que garantem valores e fins constitucionais, como pode ser observado no julgamento do Recurso Extraordinário 668.722-AgR1. Inclusive os municípios, que não foram citados diretamente no artigo 24, XII, devem ser responsáveis pela proteção da saúde, de acordo com julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550.530-AgR2.

A responsabilidade foi considerada, segundo o Supremo Tribunal Federal, solidária, ou seja, qualquer um dos entes federados pode ter que vir a responder, cabendo o pedido de ressarcimento em casos nos quais a responsabilidade é de outro ente:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional³.

A fim de não configurar atuação somente em prol do hipossuficiente, o que afastaria a neutralidade do juiz e colocaria em cheque a segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu limites, como por exemplo, o de fornecer medicamentos apenas quando prescritos por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde, conforme julgamento do Agravo Regimental da Suspensão da Tutela Antecipada 334: “Para obtenção de medicamento pelo SUS, não basta ao

paciente comprovar ser portador de doença que o justifique, exigindo-se prescrição formulada por médico do Sistema”⁴.

Muitas vezes, o problema da atuação do Poder Executivo está no rol do interesse político, e não no dos orçamentos públicos, reiteradamente utilizados como justificativa para a inércia. Assim, a atuação do Poder Judiciário pode funcionar como fator a mais de pressão com o qual os gestores públicos terão que lidar e se preocupar nos casos de fornecimento de serviços públicos voltados à saúde. A desmoralização a que estão sujeitos aqueles que, alegando não possuírem meios de fornecer o serviço, forem obrigados, posteriormente, pelo Judiciário a executar a medida denotará, à população, a ausência de interesse político em resolver as questões sociais, sobretudo se a decisão judicial não causar graves prejuízos ao orçamento do ente em questão.

3.4 OS PERIGOS DO ATIVISMO JUDICIAL: A LEI DA ESCASSEZ E OS ORÇAMENTOS PÚBLICOS

A lei 8.080/1990 trouxe, em seu artigo 31, que o orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde os recursos necessários à realização das finalidades. Estes recursos são repassados entre os entes fundo a fundo, e devem ser destinados à prestação da saúde, inclusive aos casos em que os gestores se negam a fornecer o benefício. A lei apresentou, também, em seu artigo 32, § 2º, que “as receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera do poder onde forem arrecadadas”. Tal trecho denota o caráter independente na gerência dos recursos por cada ente federado.

No entanto, como muitos gestores se utilizam da finitude desses recursos, o ativismo judicial tem interferido na maneira como eles são gastos. Penna e Salvador (2014) consideraram afastar a nocividade do ativismo judiciário ao passo que princípios constitucionais são sopesados e, através deles, uma atuação do poder pode proteger os direitos fundamentais, tão importantes para as pessoas.

Penna e Salvador (2014) apontam a invocação do princípio da reserva do possível para não cumprir fielmente os direitos fundamentais. Tal argumento tem como pano de fundo a lei da escassez, que define que as necessidades humanas são infinitas, ao passo que os recursos são finitos,

o que torna impossível que os orçamentos assegurem todas as demandas sociais. No entanto, os autores afirmam que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, não aceitou essa argumentação, devendo haver motivo justo para que o Estado possa vir a ser exonerado do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Ribeiro (2013) argumenta que devido à inércia do poder público e às situações de humilhação e indignidade a que estão sujeitas as pessoas, o Judiciário exerce papel imprescindível para garantir o direito à saúde. O autor também defende que o poder faz valer o texto constitucional no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Em posição contrária, Pardini e Ferreira (2012) defendem o aspecto negativo do ativismo judicial no âmbito da saúde pública, pois promove ingerência na Administração Pública decorrente da intervenção do Judiciário, fato que prejudica a organização orçamentária. Os autores destacaram que a tutela antecipatória da urgência em questões envolvendo a saúde pública é uma medida paliativa, ineficaz para resolver a real dificuldade que enfrenta a população dependente do Sistema Único de Saúde.

Em posição mais próxima à neutralidade está Kirchner (2013), que preceituou que antes de se posicionar contrariamente ou favoravelmente a qualquer dos argumentos relacionados ao tema, deve-se considerar que as decisões garantidoras de direitos fundamentais que se inserem no rol das políticas públicas fazem parte do regime democrático. Dessa forma, o autor destacou que o ativismo judicial é, de certa forma, inerente ao regime democrático, sobretudo naqueles em que o Judiciário possui forte apelo social e está mais desprendido do conservadorismo.

Kirchner (2013) justificou a presença do ativismo judicial no marco constitucional amplo e programático, nas novas demandas das classes sociais que se tornaram autônomas em relação à cidadania plena e na descrença que leva ao iminente fim do modelo representativo representado pelo Congresso Nacional. O autor defendeu que as Defensorias e Procuradorias Públicas, atuando conjuntamente com as Secretarias de Saúde, possuem um papel essencial na desjudicialização e na criação de possibilidades para resolução extrajudicial, fato que foi alcançado em Porto Alegre, onde a judicialização caiu em mais de 80%.

Oliveira (2011) destacou que poucos magistrados investigam as repercussões econômicas da tutela jurisdicional. As decisões dos juízes devem, pois, acompanhar a realidade

orçamentária de cada ente condenado, senão poderá afetar outras áreas que seriam priorizadas, mas que, devido ao sequestro de recursos, ficará desassistida, devendo o Direito estar próximo à realidade social. Para contornar tal situação, Pinheiro Neto (2012) defendeu a Análise Econômica do Direito, numa tentativa de compreensão da ciência jurídica no mundo e o mundo no Direito.

Penna e Salvador (2014) afirmaram que ainda há imprecisão quanto à definição e alcance do ativismo judicial, sobretudo no tocante à sua limitação. Os autores também destacaram que essa atuação tende a melhorar a imagem do Judiciário perante a sociedade, pois atende as demandas sociais e confere segurança jurídica e eficiência à atuação do Estado, mas configura prejuízo à repartição tripartite dos poderes e da igualdade, ao passo que beneficia poucos indivíduos em detrimento daqueles que ainda estão sujeitos ao sistema tradicional do Sistema Único de Saúde.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder Judiciário vem exercendo, indiretamente, o controle de constitucionalidade das relações jurídicas, o qual, cada vez mais, tem entrado em outras áreas do Direito, atingindo o Direito Administrativo. Apesar de não haver consenso por parte dos doutrinadores a respeito do tema, é sensato afirmar que não se pode tentar barrar a atuação deste poder, que visa à promoção da justiça social. Kirchner (2013) afirmou, com muita coerência, que “não podemos ter medo de um Judiciário que garante saúde e educação, mas sim de um Estado que não garanta isso”.

O erro não está na atuação do poder Judiciário, mas na inércia dos outros poderes de executarem políticas públicas efetivas que garantam o bem-estar social e que defendam o interesse público. Assim, o Judiciário surgiu como alternativa de resolução da dificuldade. Apesar de não ser absoluta, não podemos desconsiderar a atuação benéfica que tem sido desempenhada. Tal qual defendeu Barroso (2013), a atuação do Judiciário como guardião da Constituição se dá em favor da democracia, e não contra.

Cabe, também, aos poderes Executivo e Legislativo, tentarem limitar essa atuação, que pode parecer genérica, mas está totalmente embasada na lei. Além disso, é possível que haja diálogo entre os diversos poderes no tocante ao desenvolvimento de uma melhor solução para o problema. O que não pode acontecer é o que vem acontecendo: a população ter o direito, mas ver o mesmo sem eficácia. É preciso modificar e estimular a Administração Pública a lembrar, a cada dia, que

a sua finalidade é o interesse público e o bem estar das pessoas. O poder vem do povo e deve ser direcionado a ele, como prevê os ditames democráticos.

Notas

- ¹ “Direito à saúde. Portador de doença grave. Determinação para que o Estado forneça fraldas descartáveis. Possibilidade. Caracterização da necessidade. (...) O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a administração pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde. A Corte de origem consignou ser necessária a aquisição das fraldas descartáveis, em razão da condição de saúde do agravado e da impossibilidade de seu representante legal de fazê-lo às suas expensas”. (RE 668.722-AgR, rel. min. *Dias Toffoli*, julgamento em 27-8-2013, Primeira Turma, DJE de 25-10-2013.) Vide: RE 271.286-AgR, rel. min. *Celso de Mello*, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.
- ² “Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.” (AI 550.530-AgR, rel. min. *Joaquim Barbosa*, julgamento em 26-6-2012, Segunda Turma, DJE de 16-8-2012.)
- ³ RE 607.381-AgR, Rel. Min. *Luiz Fux*, julgamento em 31-5-2011, Primeira Turma, DJE de 17-6-2011.
- ⁴ STA 334-AgR, Rel. Min. Presidente *Cezar Peluso*, julgamento em 24-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado Federal, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 out. 2014.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm>. Acesso em: 18 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do AI 550.530*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2555288>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do RE 607.381*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624235>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do RE 668.722*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4758737>>. Acesso em: 15 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do STA 334*. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613300>>. Acesso em: 15 out. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Portal *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n.º. 2164, jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. A saúde é precária. São Paulo. Maio de 2012. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=14254&catid=159&Itemid=75>. Acesso em: 17 out. 2014.

KIRCHNER, Felipe. Ativismo judicial e judicialização da saúde são debates entre instituições do Direito. Arquivos do Portal da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul extraídos pelo Portal *Jus Brasil*, 2013. Disponível em: <<http://dp-rs.jusbrasil.com.br/noticias/100697407/ativismo-judicial-e-judicializacao-da-saude-sao-debates-entre-instituicoes-do-direito>>. Acesso em: 16 out. 2014.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. *Constituição e realidade: a influência das transformações sociais na jurisdição constitucional*. Renovar, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

PARDINHO, Diego Basso; FERREIRA, Keila Pacheco. A judicialização da saúde pública brasileira e o ativismo judicial: a ingerência do poder público na Administração Pública. In: *Anais do 20º Simpósio Internacional de Iniciação Científica da Universidade de São Paulo (USP)*, 22-26 out. 2012. São Paulo. Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/siicusp/cdOnlineTrabalhoVisualizarResumo?numeroInscricaoTrabalho=1910&numeroEdicao=20>>. Acesso em: 15 out. 2014.

PENNA, Bernardo Schmidt; SALVADOR, Cássio Contarato. Ativismo judicial: tutela do direito à saúde e políticas públicas. Arquivos do Portal *Jus Navegandi*. Abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27790/ativismo-judicial-tutela-do-direito-a-saude-e-politicas-publicas>>. Acesso em: 14 out. 2014.

PINHEIRO NETO, Othoniel. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. *Revista Eletrônica Direito e Política*. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI. Itajaí, v. 7, n. 2, maio/ago. 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5623/3025>>. Acesso em: 17 out. 2014.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes. O ativismo judicial como mecanismo de garantia do direito à saúde. Arquivos do Portal *Âmbito Jurídico*, 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13281&revista_caderno=9>. Acesso em: 15 out. 2014.

SANTOS, Lenir. Saúde: Conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde. Arquivos do Portal do *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/dirhum/doutrina/id387.htm>>. Acesso em: 16 out. 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIn 3685. *Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 8, no. 37, mai. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/30652>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VERBICARO, Loiane Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*. Brasília (DF), v. 13, n. 101 out. 2011/Jan. 2012, p. 445 a 488.

Recebido: 22-2-2017

Aprovado: 20-4-2017

