

## A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO EM SEDE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À SAÚDE

*THE TRIPARTITION OF POWERS AND THE PROTAGONISM OF THE JUDICIARY  
IN THE FUNDAMENTAL RIGHTS RELATED TO HEALTH*

*Carolina Heloisa Guchel Berri<sup>1</sup>*

*Daniel Ferreira<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente estudo analisa a tripartição dos poderes da República Federativa do Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário frente a questões relativas aos direitos fundamentais à saúde. A elaboração do estudo se perfectibilizou através de pesquisa bibliográfica, trazendo posicionamentos de diversos juristas e doutrinadores a respeito da temática no âmbito constitucional democrático. Será foco de debate o protagonismo do Poder Judiciário, bem como a ameaça ao princípio da separação dos poderes. Outrossim, serão analisadas diversas características, repercussões e mazelas da judicialização da saúde, apresentando-se algumas perspectivas constitucionais e formas alternativas para o desenvolvimento e evolução do drástico cenário apresentado hodiernamente.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito Administrativo. Separação dos Poderes. Direitos Fundamentais. Direito à Saúde. Judicialização.

**Abstract:** This study analyzes the tripartition of powers of the Federative Republic of Brazil and the role of the Judiciary Power in relation to issues related to fundamental rights to health. The elaboration of the study was perfectibilized through bibliographical research, bringing the positioning of several jurists and doctrinators regarding the subject in the democratic constitutional scope. It will be a focus of debate the protagonism of the Judiciary, as well as the threat to the principle of the separation of powers. In addition, various characteristics, repercussions and complications of health judicialization will be analyzed, presenting some constitutional perspectives and alternative forms for the development and evolution of the drastic scenario presented nowadays.

**Keywords:** Constitutional Law. Administrative Law. Separation of Powers. Fundamental Rights. Right to Health. Judicialization.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), Curitiba/PR. Graduada em Intensive Legal English pela Universidade da Califórnia. Pós-Graduada em Direito Médico e Hospitalar pela Escola Paulista de Direito. Pós-Graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Professora. Advogada. E-mail: carolberri@gmail.com.

<sup>2</sup> Pós-Doutorado pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos – FDUC (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Doutor e Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela PUCSP. Membro do Corpo Docente Permanente e atual Coordenador do PPGD (Mestrado Acadêmico em Direito) do Centro Universitário Internacional (UNINTER). Líder do Grupo de Pesquisa “Teoria Contemporânea da Jurisdição e Direito Público”. Parecerista, consultor, advogado e árbitro em Curitiba-PR. E-mail: daniel.f@uninter.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema trazido ao estudo é um dos mais polêmicos da atualidade, haja vista que discute a separação dos poderes, o protagonismo do Poder Judiciário na atual conjuntura constitucional democrática, bem como a problemática envolvida na judicialização da saúde.

A elaboração do estudo científico se perfectibilizou através de pesquisa bibliográfica e do método dedutivo, trazendo posicionamentos de diversos juristas e doutrinadores a respeito da temática no âmbito da democracia brasileira prevista constitucionalmente, bem como levantamento de pesquisa junto ao CNJ.

Interessa conhecer primeiramente o princípio da separação dos poderes, seu surgimento e posicionamento como cláusula pétrea na Carta Magna, a fim de compreender a dinâmica atual frente ao protagonismo do Judiciário nessa relação tripartite de poderes.

Ato contínuo, será discutido a respeito do Estado Social, através da garantia ampla aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. Abordando-se também as discussões e consequências da juristocracia, da jurisprudencialização da saúde de forma ilimitada e exacerbada, bem como do controle de constitucionalidade através da intervenção em políticas públicas, de forma a garantir os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

O objetivo é, de forma crítica, contextualizar o movimento de judicialização da saúde nos tempos hodiernos, sendo feita uma conjuntura estrutural a respeito da tripartição dos poderes, para demonstrar a realidade deveras degradada e sem perspectivas estruturais, orçamentárias, legais e constitucionais que esse movimento de judicialização engendrou; trazendo, outrossim, proposta de repensamento sobre o modelo adotado na tentativa de rumar a um norte eficaz, legal e constitucional.

Não há o intuito de esgotar as temáticas discutidas, nem mesmo apresentar um norte pacífico e acabado a respeito, porém discutir – criticamente – os diversos posicionamentos doutrinários sobre a matéria, inclusive aqueles aparentemente alternativos ao cenário caótico enfrentado no presente momento.

## 2 A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

*Ab initio*, faz-se importante estudar os arranjos “de poder” dentro da estrutura do Estado, de forma a compreender como os órgãos estatais se organizam e funcionam, a fim de que cumpram efetivamente seu papel dentro de sua competência e, ao mesmo tempo,

de modo a evitar abuso no exercício desse poder.

Na Inglaterra, o modelo conhecido como governo misto foi um dos primeiros a se situar de forma semelhante ao que ocorre na separação dos poderes que se verifica hodiernamente. A fórmula *The King in Parliament* trazia o exercício do poder político compartilhado entre o Rei, os Lordes e os Comuns. Os conflitos durante o século XVII resultaram em alterações e desenvolvimento do modelo outrora apresentado para a doutrina da separação dos poderes, a fim de afastar a função legislativa dos desejos do Rei, mantendo somente o poder de veto ao mesmo, bem como a fim de afastar a função judicial do Parlamento, trazendo, assim, a figura da tripartição dos poderes (LOIS, 2009, p. 7-8).

Nesse norte e sob influência do sistema político inglês, a teoria da separação dos poderes foi divulgada por Montesquieu em 1748, o qual entendia que aquele que está no poder tende a cometer abusos.<sup>3</sup>

De forma que a teoria da separação dos poderes se traduz como uma reação, um mecanismo ao exercício ilimitado do poder político em si. Isso através da descentralização do poder e compartilhamento entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no qual ao primeiro compete aplicar a norma vigente, ao segundo a elaboração das leis e ao terceiro o julgamento dos conflitos.

Contudo, importa ressaltar que no modelo divulgado por Montesquieu, a independência do Poder Judiciário se referia a sua relação com os outros dois Poderes apenas para não ser submetido ao controle dos mesmos; sendo o Judiciário excluído do sistema de regulação existente apenas entre os Poderes Executivo e Legislativo (VILE, 1998, p. 102).

Da obra de Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, depreende-se quanto mitigada era a função do Poder Judiciário naquele período histórico, sendo os juízes denominados apenas a boca que pronunciava as palavras da lei (MONTESQUIEU, 1987, p. 165).

---

<sup>3</sup> “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 165).

Esse cenário pode ser compreendido porque, no período tratado, a burguesia tinha receio das práticas arbitrárias ocorridas na época do Parlamento no *Ancien Régime*, o qual atuava sem observância da segurança jurídica e garantias individuais, acumulando funções judicantes. Advindo, dessa experiência histórica, a separação dos poderes como fundamento para a supremacia da lei e submissão dos Poderes Executivo e Judiciário ao Legislativo, fazendo nascer o Direito Administrativo “como mecanismo de proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão” (BACELLAR FILHO; HACHEM, 2011, p. 40-41).

Com a Constituição norte-americana, modificou-se a teoria de Montesquieu, implementando-se o mecanismo *checks and balances*, com o intuito de controlar o Poder Legislativo, o que não estava sendo feito até então em decorrência das Constituições revolucionárias. Dessa forma, a teoria da separação dos poderes ganhava mais um alicerce, denominado controles recíprocos, além de relegar ao Poder Judiciário o controle dos demais Poderes através do *judicial review*, a fim de que atuem em consonância aos princípios constitucionais (LOIS, 2009, p. 9).

Oportuno retratar que o *leading case* Marbury v. Madison, de 1803, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, é o grande responsável pelo raciocínio do *judicial review* através da supremacia constitucional sobre as leis. Tão importante que, em muitos Estados, é tido como um princípio constitucional.<sup>4</sup>

Nessa toada, Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem (2011, p. 41) explanam que, com o Estado Constitucional, o ideário burguês a respeito da separação de poderes muda de figura, passando-se a adotar o sistema de freios e contrapesos na tripartição dos poderes, admitindo-se a interferência de um poder sobre o outro quando tiver por finalidade a garantia da atuação harmônica dos três poderes, restabelecendo-se o equilíbrio diante do aumento do poder do Legislativo e Executivo nas décadas anteriores.

No Brasil de forma específica, a separação dos poderes existiu na seara constitucional desde a Carta Imperial de 1824, porém na forma de quatro Poderes, assim definidos: “Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.”

---

<sup>4</sup> “Esto es, la judicial review es un tema que se analiza dentro de aquellos destinados al proceso o a lo constitucional, y por cierto, está presente em todas las demás áreas del derecho ya que la judicial review se hace através de cualquier proceso, ante cualquier matéria. Es algo así como um princípio constitucional, que se hace efectivo através de los jueces, y cuando está em juego cualquier interes.” (BELAUNDE, 1999, p. 123). “Ou seja, a revisão judicial é um tema analisado dentro daqueles destinados ao processual ou constitucional, e certamente, está presente em todas as outras áreas do direito, já que a revisão judicial ocorre em qualquer processo, diante de qualquer matéria. É algo como um princípio constitucional, efetivado através dos juízes, quando qualquer interesse estiver envolvido” (tradução livre).

Mais tarde, com a Constituição de 1891, a tripartição dos poderes se fez presente de forma clara, sendo denominados como órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, entendidos como harmônicos e independentes entre si. Na Constituição de 1934 a tripartição dos poderes permanece como poderes independentes e coordenados entre si. Em 1937, a Constituição da era Vargas nada trazia sobre a separação dos poderes em si, apenas a competência do Estado. Com a Constituição de 1946, retorna o *status* da tripartição dos poderes com independência e harmonia entre os três poderes, o que a Constituição de 1967 apenas reitera.

E finalmente, por meio da Constituição de 1988, em seu artigo 2º, presente a continuidade do sistema tripartite de separação dos poderes, que vigora até os dias atuais, com a seguinte redação: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Tamanha sua importância que consta como cláusula pétrea a separação dos poderes, como se denota do artigo 60, § 4º, inciso III, da Carta Constitucional.

A respeito da independência e harmonia entre os poderes, colhe-se da lição de José Afonso da Silva (2005, p. 106):

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; [...] A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Conforme o princípio da separação tripartite dos poderes, as conseqüentes independência e harmonia dos poderes devem seguir os limites constitucionalmente previstos, cada qual desempenhando a função que lhe foi conferida. Ao Poder Executivo, exercido pelo Presidente da República, com auxílio dos Ministros de Estado, conforme o artigo 76 da Carta Constitucional, é conferido o poder de chefe de Estado e de Governo, tendo sua competência definida no artigo 84 e dos Ministros no artigo 87, parágrafo único, do mesmo diploma. Já o Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, de acordo com o artigo 44, da Carta Constitucional, tem sua função de legislar e fiscalizar, com suas atribuições e competência estabelecidos nos artigos 48 a 52 e 70, do diploma mencionado.

E quanto ao Poder Judiciário, foi-lhe atribuída a função jurisdicional, através de seus órgãos estabelecidos no artigo 92, da Carta Magna, possuindo competências privativas reguladas pelo artigo 96 do mesmo diploma e competências específicas de cada órgão pelos artigos subsequentes.

Compreendida a noção elementar da tripartição dos poderes no Brasil, oportuno trazer à lume a ideia de Georges Abboud (2018) a respeito da separação de poderes, na qual afirma ser um princípio que estrutura a democracia constitucional, figurando como um balizador para o controle e adequação dos atos dos três poderes. Inclusive, menciona o posicionamento de Jeremy Waldron a respeito, entendendo a separação dos poderes como um princípio político, de forma a nortear os arranjos políticos e constitucionais do Estado Moderno; garantindo, ainda, a integridade dos poderes, sendo para o Legislativo a dignidade da legislação, já ao Judiciário a independência de suas Cortes, e ao Executivo a sua autoridade.

Ao estudar a obra de Jeremy Waldron (2016, p. 51), observa-se a principal preocupação nessa seara da separação dos poderes: a contaminação de um poder sobre o outro e a invasão de um poder às funções do outro. Neste norte, explana que cada qual possui sua função delimitada no governo, devendo ser respeitada a integridade de cada poder. Como exemplo, o autor menciona a judicialização cada vez mais presente nas Cortes mundiais, culminando muitas vezes na inovação legal, o que caberia ao Legislativo em um processo legislativo constitucionalmente configurado baseado na democracia representativa.

E é este cenário que está sendo apresentado na República Federativa do Brasil atualmente, nas palavras de Paulo Bonavides (2004, p. 134):

A partir, porém, do advento das novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais, bem como da revolução principiológica, que fez na *communis opinio* dos juristas da Nova Hermenêutica a lei gravitar ao redor desse direitos e não estes ao redor daquela; desde a criação, introdução e propagação do controle concentrado de constitucionalidade e o funcionamento dos tribunais constitucionais que fizeram mais eficaz a justiça constitucional, protetora daqueles direitos, tem-se manifestado, em todo o universo da jurisdição constitucional uma arraigada e substancial tendência à politização do controle com o grave risco de severos danos à inviolabilidade do princípio da divisão de poderes, afetado em suas bases materiais de legitimação pelo grau e profundidade das ofensas perpetradas.

Na mesma direção, se posicionam Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 60), ao afirmar que a adoção de Constituições democráticas contendo em si direitos fundamentais supremos modificou a aplicação do Direito, passando ao significativo aumento da atividade do Poder Judiciário, sobrepondo-se aos demais Poderes.

Assim, vislumbra-se um notável “rearranjo” da tripartição dos poderes, afastando-se da separação dos poderes prevista constitucionalmente, com um evidente abarcamento de funções de outros Poderes por um deles, mormente pelo Judiciário, como no capítulo seguinte será discorrido com mais precisão.

### 3 O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO E IMPLICAÇÕES À SEPARAÇÃO DOS PODERES

O cenário da separação dos poderes no Brasil e no globo sofreu significativas mudanças nos últimos tempos, principalmente pela garantia constitucional dos direitos sociais e fundamentais ao ser humano e a crescente judicialização de problemáticas advindas da implementação e concretização desses direitos.

Da análise da Constituição Federal de 1988, verifica-se que, com sua promulgação, adveio a garantia dos direitos sociais e fundamentais por meio de prestações positivas por parte do Estado, ampliando-se a esfera de responsabilidade do Poder Executivo, com a necessidade de entrega dos direitos fundamentais ao ser humano, bem como trouxe ao Poder Legislativo a responsabilidade de regulamentação legal de diversas matérias a respeito dessas garantias, instalando-se o Estado Social.<sup>5 6</sup>

Ocorre que, na prática, com a busca dos direitos garantidos constitucionalmente, o governo, principalmente o Poder Executivo, por muitas oportunidades não logrou cumprir a contento suas responsabilidades constitucionais ou mesmo as expectativas dos cidadãos a respeito, falhando na concretização dos direitos fundamentais, ocasionando a judicialização da busca de cumprimento aos direitos assegurados pela Carta Magna.

Luiz Werneck Viana et al. (2007, p. 40-41) apontam que, na legislação do *welfare*, o juiz se posiciona como um legislador implícito, tendo um inédito papel nas relações entre os Poderes,

---

<sup>5</sup> “No caso brasileiro, a relevância da presença estatal encontra-se com a importância dada aos direitos fundamentais pelo texto constitucional. Para a realização do Estado Social Democrático, portanto, exige-se dos vários órgãos e entidades públicas, em todas as esferas federativas, um compromisso com a melhora de vida da população por meio de diferentes maneiras de atuação, que ultrapassam a obediência ao comando legal como resultado, para exigir a efetivação do mesmo como objetivo maior a ser atingido.” (CASIMIRO; MORAES, 2017, p. 451).

<sup>6</sup> “A essência do Estado Social está calcada na ideia de intervenção porque a população tem direito a ser protegida, e independentemente de sua situação social ao indivíduo devem ser garantidos tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, sendo-lhe assegurados não como caridade, mas como direitos políticos. [...] Essa constante intervenção estatal com intuito social promoveu a democratização das relações sociais, o que vai desaguar na formulação de um Estado Democrático de Direito, que pode ser resumido como o aprofundamento do Estado de Direito e do *Welfare State*, pois, a par da questão social, agrega-se ou qualifica-se pela busca da *igualdade*.” (SCHNEIDER; SILVA, 2016, p. 145).



transformando-se em um muro de lamentações do mundo moderno e no protagonista direto das questões sociais.

Aliado a isso, a crescente descrença nos Poderes Executivo e Legislativo, dada a deficiências na representação política e perda de legitimidade do processo político, além de situações de omissão por parte dos mesmos em algumas esferas do governo, acabou causando o depósito da confiança do povo no Judiciário, e, conseqüentemente, desequilibrando a separação tripartite dos poderes do governo.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 62-63) trazem interessante comentário de Loiane Prado Verbicaro, a qual indica condições que facilitam o processo de judicialização no Brasil, tais como a promulgação da CF/88 (com texto aberto), acesso à justiça de forma universal, decodificação do direito, crise do positivismo jurídico, ampliação da atuação do STF, hipertrofia legislativa e crise do legislativo.

Em outras palavras, aquele Poder que outrora era considerado a “boca da letra da lei” – Judiciário –, atualmente dita e muitas vezes inova a lei, até mesmo se imiscuindo em questões orçamentárias, administrativas e ínsitas aos processos legislativos, alcançando a esfera de atuação de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, pondo em risco, dessa forma, a separação dos poderes tal qual estabelecida constitucionalmente.

Ran Hirschl (2004, p. 71) observa que, ao longo das últimas duas décadas, o mundo tem presenciado uma rápida transição ao que chama de *juristocracy*, transferindo-se por meio da reforma constitucional uma quantidade sem precedentes de poder das instituições representativas ao Judiciário. A maior parte destas políticas tem uma Constituição recente ou revisão constitucional que contém uma Carta de Direitos e estabelece alguma forma de *judicial review* ativo. Tribunais superiores e Tribunais supranacionais tem se tornado incrivelmente importantes, até mesmo cruciais, órgãos de decisão política.

Georges Abboud (2018) comenta a respeito da “nova separação de poderes à brasileira”, com fortalecimento do Judiciário cada vez maior, principalmente da Corte Suprema, o que denomina de *juristocracia*. Inclusive, reporta uma tendência autocrática da Suprema Corte, em decorrência do teor de sua própria jurisprudência, que sedimenta com crescente força o controle de constitucionalidade até mesmo de forma preventiva, o que exacerba sua efetiva competência e desalinha a separação de poderes constitucionalmente prevista.

Na mesma direção, se manifestam Jose Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra (2004) a respeito da Suprema Corte brasileira, a qual passa a implementar através de suas decisões



o conteúdo genérico e abstrato contido nas normas constitucionais, formando uma “mutação das normas constitucionais”, por meio da entrega jurisdicional de um “diritto vivente”.

Nesse passo, Luigi Ferrajoli (2006, p. 425 e 427) explana a respeito da insegurança jurídica das normas, que podem ser derruídas pela interpretação da Suprema Corte a respeito dos princípios constitucionais, questionando o risco à teoria da validade da norma. Ou seja, uma norma formal e efetivamente válida pode ser invalidada se, por discricionariedade interpretativa do Judiciário, não estiver condizente com os princípios constitucionais, trazendo incerteza e insegurança jurídica normativa:

A existência ou vigor das normas, que no paradigma paleojuspositivista tinham sido separadas da justiça, separam-se agora, também, da validade, tornando possível que uma norma formalmente válida e, portanto, vigente, seja substancialmente inválida quando o seu significado estiver em contraste com normas constitucionais substanciais, como, por exemplo, o princípio de igualdade ou os direitos fundamentais. [...] É claro que a sujeição da lei à constituição introduz um elemento de permanente incerteza sobre a validade da primeira, confiada à avaliação jurisdicional da sua coerência com a segunda. No entanto, ela restringe, ao mesmo tempo, contrariamente ao que muitas vezes se julga, a incerteza sobre o seu significado, uma vez que reduz a discricionariedade interpretativa, tanto da jurisprudência como da ciência jurídica.

Ran Hirschl (2004, p. 85, 104-105) traz a visão de que essa transição para a *juristocracy* se traduz como um fenômeno político e não jurídico, posto que o empoderamento judicial através da constitucionalização de direitos e o estabelecimento do *judicial review* podem ser entendidos como uma estratégia consciente empreendida por elites políticas ameaçadas que buscam preservar sua hegemonia, isolando a formulação de políticas de pressões políticas populares e apoiando-se em elites econômicas e judiciais com interesses compatíveis.

Na mesma direção, Luiz Werneck Vianna et al. (2007, p. 41) afirmam que a origem do protagonismo do Judiciário advém de uma decisão política e não judicial, ao passo que foi delegado ao juiz a expansão de seus poderes.

De todo modo, uma das consequências que pode advir da juristocracia é a atuação do Poder Judiciário em uma função exclusiva do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo em si, o que leva ao imediatismo das decisões e por consequência de suas determinações, em conformidade aos anseios sociais, impactando com extrema rapidez toda a organização governamental econômica, política e de planejamento orçamentário mínimo (Poder Executivo), bem como derruindo as

normas positivadas elaboradas por quem de direito (Poder Legislativo), haja vista que esses dois Poderes não logram acompanhar a velocidade dos resultados da ação do Judiciário.<sup>7 8</sup>

Paulo Ricardo Schier (2016, p. 258-259) comenta a respeito do amplo processo de judicialização da política, esclarecendo que quando a judicialização dos direitos fundamentais atingiu um ápice perigoso é que a discussão a respeito da relação entre os poderes na democracia ressurgiu; discutindo-se, a partir disso, os limites do Judiciário para intervir nas políticas públicas e orçamento público, a reserva do possível, déficits do Judiciário a analisar escolhas estratégicas, bem como o déficit democrático do Judiciário, dentre outras questões.

Neste ponto questiona-se: o processo de expansão da jurisdição ameaçaria o regime democrático, o princípio majoritário e a soberania popular?

Interessante entendimento traz Paulo Ricardo Schier (2016, p. 266), no sentido de que o Estado se vincula aos direitos fundamentais tanto em relação ao procedimento de decisão quanto ao seu conteúdo; e no procedimento democrático, mesmo que a maioria vença uma disputa sobre direitos sociais em conflito, a minoria (através do Judiciário, invocando direitos fundamentais) pode derruir a vontade majoritária; acabando por caracterizar-se, muitas vezes, os direitos fundamentais como uma espécie de cláusula contramajoritária.

A respeito da questionada legitimidade democrática do Judiciário, retratam Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki (2012, p. 73) que há discussão quando juízes concretizam direitos fundamentais sociais, posto que, não legitimados pelo voto, não teriam competência para se imiscuir em políticas públicas que envolvem recursos orçamentários, mormente em cenários de escassez de recursos, tomando indevidamente o lugar de quem reflete a vontade da maioria – Executivo e Legislativo.

Para Jose Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra (2004), as decisões judiciais acabam por restringir o espaço da política devido à direta interferência tanto na limitação quanto no norte a ser seguido. Apesar disso, entendem que não resta ferida a legitimidade popular, posto que compreendem como uma legitimidade democrática a jurisprudencialização operada no interesse da

---

<sup>7</sup> “O reflexo dessa crise é a superação da exclusividade do processo de normogênese das mãos do Poder Legislativo. Um dos traços característicos da pós-modernidade, afora a morte dos postulados ontológicos, é a rapidez geométrica com que as modificações na esfera sócio-econômico-política são produzidas, o que acarreta a ‘morte’ do parâmetro normativo positivado. As normas elaboradas pelo Legislativo não podem mais acompanhar o desenvolvimento das relações sociais que, aliado com a concorrência de outras fontes normogênicas extra-estatais, coloca em descrédito o Direito positivo clássico.” (BOLZAN DE MORAIS; AGRA, 2004).

<sup>8</sup> “Esta segunda aporia – a obsessão pelo que não pode ser decidido – é confirmada por uma desconstrução de cada presunção na certeza determinante de uma justiça presente, ela atua a partir de uma idéia de justiça infinita, infinita porque é irreduzível, irreduzível porque necessita de relação de alteridade – relação de alteridade diante de cada contrato, porque é uma decorrência, uma decorrência da alteridade como singularidade sempre de outro.” (DERRIDA, 1998, p. 31).

sociedade. Advertem, contudo, que a competência do Poder Legislativo resta prejudicada, pois não é mais único a produzir normas, principalmente em decorrência da velocidade das necessidades sociais e da velocidade da resposta do Judiciário, em contraponto à lentidão do procedimento de criação de normas.

Georges Abboud (2018) já possui linha de raciocínio diversa, inferindo que não há o respeito à legitimidade democrática no *jude-made-law*, tendo em vista que os juízes não participam do debate político a respeito das questões a serem julgadas, como em um procedimento legislativo aconteceria, sem mencionar os limites judiciais diante do poder de suas decisões e impactos no âmbito interno das instituições políticas. Nessa linha de raciocínio, o mesmo autor reflete ser perigosa a adoção do argumento referente ao estado de coisas inconstitucional, pois no Brasil se demonstra como uma “escancarada judicialização de políticas públicas” pela Suprema Corte, devido à vagueza de sua interpretação, dando azo a qualquer tipo de ativismo judicial e muito mais – um risco à separação dos poderes e à engenharia constitucionalmente instituída –, o que se torna ainda mais perigoso pois em xeque o princípio delimitador de poder constitucionalmente garantido como cláusula pétrea (separação dos poderes) e por derradeiro a própria democracia. O autor conclui que a Suprema Corte, com suas novas tendências jurisprudenciais, não está apenas trazendo um novo modelo interpretativo, mas sim alterando a “máquina” que movimenta a democracia, apelidando a Suprema Corte de “Príncipe” nesse contexto, pois se porta como “guia supremo de todo o Estado”, mormente quando se utiliza da própria jurisprudência para avolumar seus poderes.

José Eduardo Faria, Rafaele de Giorgi e Cesar Campilongo (2015), ao discutir o estado de coisas inconstitucional, vão além, questionando se eventual omissão dos outros Poderes confere legitimidade ao Judiciário e porque deve-se crer que no Judiciário decide-se melhor, mencionando também que o estado de coisas inconstitucional aplicado em algumas decisões da Corte Suprema despreza a realidade de que o sistema jurídico simplesmente não possui meios de corrigir as mazelas da sociedade por sentenças judiciais, pois dependem da estrutura governamental, que não anda no mesmo passo das decisões judiciais.

Lenio Streck (2015) também se pronuncia a respeito do temido “estado de coisas inconstitucional”, explanando que receia a sua evocação diante da construção que foi feita dessa tese no Brasil, posto que a inconstitucionalidade deve ter como objeto normas jurídicas e não a realidade empírica, trazendo o risco de qualquer fato ser inconstitucional, sem qualquer observância dos próprios requisitos constitucionais para tanto.

Independentemente de qual dos Poderes deu azo ao protagonismo do Judiciário, esta é uma realidade que se apresenta de forma clara no cenário brasileiro e até mesmo mundial, mormente

através das Cortes Constitucionais e na seara dos direitos fundamentais. Em muitas ocasiões, quando a decisão judicial efetivamente cria, inova e modifica a legislação já vigente, denota-se a invasão dos poderes da esfera Legislativa e, dependendo do conteúdo, também da esfera Executiva, principalmente quando inova em normas capazes de modificar a estrutura interna de cada um dos Poderes, tanto organizacional quanto orçamentária, o que demonstra-se excessivamente perigoso, além de trazer enorme insegurança jurídica, até mesmo atrapalhando e prejudicando o planejamento dos Poderes Executivo e Legislativo e sua atuação.

Ran Hirschl (2004, p. 108) conclui que essa visão contraintuitiva sobre as origens e consequências de um dos fenômenos políticos mais significativos de nossos tempos – a transição para a *juristocracy* – serve como um testamento bastante sombrio quanto à natureza real da democracia constitucional do século XXI.

Paulo Bonavides (2004, p. 141) demonstra grande preocupação a respeito do futuro da politização exagerada da justiça constitucional, no sentido de acabar se tornando uma espécie de “legislativo paralelo e invisível”, positivando uma Constituição diversa da efetivamente escrita e de seu espírito. Inclusive, o mesmo autor (2004, p. 140), com o mencionado apoio de outros juristas brasileiros, traz uma alternativa à realidade atual, qual seja, “a criação de um tribunal constitucional que fique fora e acima dos três Poderes clássicos da lição de Montesquieu e inspirado grandemente no modelo das Cortes constitucionais europeias”.

Por outro lado, há quem defenda a jurisprudencialização a fim de concretizar o cumprimento do rol de direitos constitucionais, mesmo que avance a competência dos demais Poderes, devendo, contudo, ser respeitados pela jurisdição constitucional os princípios da proporcionalidade, reserva do possível e proteção dos direitos fundamentais com organização e procedimento (BOLZAN DE MORAIS; AGRA, 2004).

Quanto à interferência na seara de direitos humanos, direitos fundamentais e princípios constitucionais fundamentais, do mesmo modo há quem chancela a interferência do Judiciário na competência dos demais Poderes (BACELLAR FILHO; HACCHEM, 2011, p. 18).

Observa-se, assim, a cautela e a preocupação da doutrina a respeito das consequências do protagonismo do Judiciário no arranjo constitucional da separação dos poderes, a exemplo da invasão da competência dos outros Poderes, indevida modificação do princípio da separação dos poderes, insegurança jurídica, alteração das normas legais e até mesmo constitucionais em diversas manifestações da Suprema Corte e demais Cortes de Justiça. Resultando em ameaça ao princípio da separação dos poderes e às próprias normas constitucionais, caso não pautada a atuação de cada

um dos poderes dentro de sua efetiva competência, responsabilidade e limitação, até porque constitucionalmente devem guardar independência e harmonia entre si.

#### **4 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS RELACIONADOS À SAÚDE E PERSPECTIVAS CONSTITUCIONAIS**

A saúde pertence ao elenco dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo ser prestada à população através das políticas públicas estabelecidas pelo governo, mormente a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. Conseqüência disso é que, pela má prestação ou mesmo omissão na concretização dos direitos fundamentais à saúde, hodiernamente habilitado o cidadão a judicializar a problemática e alinhar a política tida como falha ou omissa através do Poder Judiciário.

O cenário preocupante é que, com a Constituição Federal de 1988 e a garantia dos direitos fundamentais, se instalou no Brasil um governo concretizador dessas garantias de forma ampla e ilimitada, o que causa o aumento da gama dos direitos fundamentais à saúde e da diversidade dos anseios sociais. Como resultado disso, os Poderes Executivo e Legislativo não prosperam em atender todas as demandas, alocando-se todo esse encadeamento de anseios ao Judiciário.

Com o intuito de trazer a realidade um tanto quanto tormentosa da seara tratada, oportuno mencionar os dados do Relatório “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na forma de um comparativo dos dados obtidos em 2016 (ano-base 2015) e em 2017 (ano-base 2016), com a pesquisa realizada por assuntos ligados à judicialização da saúde, conforme se extrai de Caroline Regina dos Santos (2017), como abaixo segue:

	<b>Relatório Justiça em Números 2016</b>	<b>Relatório Justiça em Números 2017</b>	
<b>Tipos de processos</b>	<b>Ano base 2015</b>	<b>Ano base 2016</b>	<b>Aumento (%)</b>
Controle social e Conselhos de saúde	1.468	2.008	37%
Convênio médico com o SUS	737	1.037	41%

Doação e transplante órgãos/tecidos	491	597	22%
Erro médico	38.810	57.739	49%
Fornecimento de medicamentos	200.090	312.147	56%
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642	8.774	56%
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611	56.105	53%
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449	427.267	46%
Saúde mental	3.001	4.612	54%
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856	214.947	42%
Tratamento médico-hospitalar	60.696	98.579	62%
<b>TOTAL</b>	<b>792.851</b>	<b>1.183.812</b>	<b>49%</b>

Com um considerável aumento de 49% das demandas relacionadas à saúde do ano-base 2015 ao ano-base 2016, os números apurados pelo CNJ são um alerta que convida a avaliar a judicialização ilimitada quanto aos direitos fundamentais à saúde no Brasil, não sendo crível a concretização das garantias constitucionais à saúde ser analisada e desenvolvida pelo Judiciário dessa maneira exacerbada, até mesmo pela falta de conhecimento técnico, orçamentário, dentre outros déficits que impedem o Judiciário de caminhar sozinho nessa seara e moldar as políticas públicas relativas à saúde, impactando gravemente os demais Poderes Executivo e Legislativo, sobretudo a administração pública diante do caos gerado pelo Estado Social judicializado sem limites.

Esse cenário deve ser objeto de estudo, discussão e mudança, sob pena de o Judiciário por meio de suas decisões gerar a falência do próprio Estado, pois um Poder não diretamente competente para estabelecer políticas públicas e dirimir situações estratégicas, orçamentárias e

estruturais sobre a prestação dos serviços de saúde está ditando as regras atualmente de modo isolado.

Bruno Andrade da Costa (2013, p. 257 e 260) observa que o Poder Judiciário, em sua atuação para o realinhamento das políticas públicas através dos julgados, a fim de efetivar os direitos fundamentais positivos, esbarra em limitações a sua esfera de competência, principalmente no controle de políticas públicas, na questão inerente orçamentária e na ausência de controle de instrumentos capazes de implementar o teor do julgado em si. Explicitando, ainda, que se deve aplicar um método de ponderação, levando-se em conta o que razoavelmente pode ser exigido do poder público.

Desse modo, além das limitações do Judiciário nessa busca desenfreada pelo acesso integral e ilimitado ao direito fundamental à saúde, há problemáticas inerentes aos demais Poderes, que devem ser de conhecimento do Judiciário se pretende se imiscuir nessa seara, tais como as políticas públicas existentes, as disponibilidades e alocações orçamentárias, os instrumentos normativos existentes que regulam a repartição de competências, organização e estrutura da prestação do direito fundamental à saúde, a distribuição de medicamentos, a lei do SUS, dentre outros assuntos e normas basilares ao direcionamento da concretude dos direitos fundamentais à saúde.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 35) elucida a realidade deveras inconstante e imprevisível da judicialização da saúde no Brasil:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

Assim, imperioso um limite à concretização do direito fundamental à saúde pelo Estado através da judicialização, somente se permitindo a intervenção do Judiciário aplicando-se um mínimo existencial, sob a égide do princípio da razoabilidade; caso contrário, essa atual juristocracia provavelmente não se sustentará por muito tempo, transmudando-se em um caos social e do próprio Estado em si. Posto que o Executivo e o Legislativo, pela insegurança jurídica consequente



das decisões judiciais intervencionistas, não conseguirão acompanhar a amplitude que o Judiciário está destinando aos direitos fundamentais à saúde.

Até porque, as consequências dessa judicialização, enquanto faz jus ao direito a parte constante do processo específico em si, prejudica sobremaneira os demais cidadãos que sem o acesso à justiça acabam por ter preteridos seus direitos, em muitas ocasiões diante da escassez de recursos até mesmo para a implementação da saúde básica, devido à quebra orçamentária pela tamanha judicialização e sua devastadora consequência estrutural e financeira, como aponta Daniel Wei Liang Wang (2009, p. 309).

Eduardo Rocha Dias (2018, p. 67) explana que doenças raras não podem ser ignoradas, contudo deve ser feita uma avaliação para um gradual atendimento à população, sob pena de grave prejuízo à equidade na distribuição de recursos, prejudicando aqueles que não possuem condições de acessar o Judiciário.

Ademais, a concretização dos direitos sociais do modo como se percebe hodiernamente acarreta o risco atual e real de colapso financeiro estatal, não podendo se transformar na “erosão dos recursos públicos” (POMPEU; PIMENTA, 2015, p. 225).

Dessa forma, necessário um limitador à exacerbada judicialização da saúde presente, o que se encontra no raciocínio de Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 18), quando manifesta a preocupação com o estabelecimento de um “mínimo existencial”, o qual, se descumprido, aí sim permite a intervenção do Poder Judiciário para a correção do rumo a ser seguido. Continua explicando a autora que esse “mínimo existencial” se perfectibiliza por meio do princípio da razoabilidade, com o intuito de reordenar uma política pública desacertada.

A respeito do princípio da proporcionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho (1996, p. 360) o subdivide em princípio da conformidade ou adequação de meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade, e princípio da proporcionalidade em sentido restrito, explanando de forma mais precisa que:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção (zielkonformität, zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim. [...] O princípio da exigibilidade, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. [...] 3) Princípio da proporcionalidade em sentido restrito (‘verhältnismässigkeit’) Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve

perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da ‘justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

João Batista Lopes (2001, p. 72-73), na mesma senda, reflete a respeito do princípio da proporcionalidade que o julgador deve se balizar ao decidir um conflito trazidos pelas partes, procedendo “à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que, segundo a ordem jurídica, ostentar maior relevo e expressão”; advertindo que não se fala em sacrifício de um direito em detrimento de outro, mas de analisar a razoabilidade dos direitos e pedidos em jogo com supedâneo no sistema jurídico.

Ada Pellegrini Grinover (2010, p. 25) aborda a imprescindibilidade da observância dos limites mínimos pelo Poder Judiciário, a evitar os excessos muitas vezes encontrados na seara da judicialização da saúde, mormente para evitar os excessos na intervenção do Judiciário nas políticas públicas:

[...] uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento ao maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade –, alguns julgados, em demandas individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil. Não se trata, nesses casos, de corrigir uma política pública de saúde que esteja equivocada. E não se pode onerar o erário público sem observância da reserva do possível. A estrita observância dos limites à intervenção judicial, assim como o exato conceito de políticas públicas (como programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do Estado brasileiro), serão suficientes para conter os abusos.

Das palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 43) retira-se a lição de que, em sua atuação, o Judiciário deve respeitar as normas e diretrizes legislativas e administrativas construídas pelos órgãos competentes, devendo pautar seu exercício pela parcimônia e autocontenção em casos que há legislação e norma aplicadas.

Gina Vidal Marcílio Pompeu e Camila Arraes de Alencar Pimenta (2015, p. 222) afirmam que deve haver limites para os direitos fundamentais, não podendo se dar de modo absoluto e irrestrito como vem ocorrendo, expondo formas de restrição, tais como, “[...] 1) através de previsões expressas na própria norma constitucional; 2) através de previsões de restrições por lei infraconstitucional na norma; 3) quando em confronto com outro direito constitucionalmente garantido, conforme o caso em concreto”.

Outrossim, importa observar que, em decorrência do princípio da separação dos poderes, devem ser respeitadas as esferas de atuação de cada Poder, não se podendo cegar, atuando de forma desmedida e desenfreada, sem parâmetro ou razoabilidade, nem mesmo omitir-se ao seu papel na conjuntura da República Federativa do Brasil.

Da mesma forma que o Judiciário deve atuar com parcimônia e limites, por meio da razoabilidade, autocontenção, mínimo existencial, proporcionalidade e respeito às funções e competências dos outros Poderes; os Poderes Executivo e Legislativo também devem pautar sua atuação em consonância com suas competências, de forma a assegurar um mínimo existencial a sua população, não se omitindo em seu papel.

E é nessa toada que se torna extremamente oportuno mencionar um estudo de Miguel Gualano de Godoy (2017, p. 149 et seq.), no qual traz uma interessante alternativa à exacerbada judicialização ora estudada: diálogos institucionais. Trata-se de uma importante e oportuna medida para a tortuosa situação apresentada, haja vista que foca no diálogo e interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na tarefa de aplicar e interpretar a Constituição, ao pensar na separação dos poderes como uma forma dialógica e cooperativa, e não como uma disputa. Em 1960 Alexander Bickel trazia a metáfora dos diálogos através da conversa permanente sobre interpretação da Constituição, além de Louis Fisher em 1980, que também aventou essa ideia.

Colhe-se dessa abordagem alternativa a proposta de classificação de Catherine Bateup a respeito dos diálogos institucionais, sendo uma fusão dialógica entre a teoria do equilíbrio e a teoria da parceria, com o intuito de promover um diálogo entre os poderes sem aspecto de superioridade interpretativa; ademais, aponta a necessidade de previsão normativa que incentive este diálogo, atribuição de competências e habilidades diferentes para cada qual, e debate público robusto, com participação da sociedade, do povo. A exemplo, a Constituição do Canadá é citada como um incentivo normativo ao diálogo, deixando ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, mas com o dever de estar atento e aberto ao diálogo; ou seja, antes de derrubar um ato legislativo, um diálogo entre os poderes e o povo é recomendado; e, mesmo após eventual controle de constitucionalidade, diálogos de interpretação são ainda recomendados (GODOY, 2017, p. 149 et seq.).

O interessante da abordagem dos diálogos institucionais é que se opõe à supremacia judicial e deixa claro que o Judiciário não tem a última palavra sobre a Constituição, demonstrando a possibilidade de coexistência de Parlamentos e Cortes sem necessidade de escolher um ao outro. O autor afirma que é preciso fazer da Constituição um documento menos técnico, menos pertencente ao juiz, e sim mais popular, pois é um documento normativo que deve ter seu

significado construído e todos os dias. O intento é o diálogo, a dinâmica dialógica entre as instituições entre si e também o povo, a fim de trazer argumentos fundados em razões públicas e mais respeitados por todos. Assim, a Suprema Corte não definiria mais o que é a Constituição, mas expressaria a sua compreensão sobre o significado da Constituição, não tendo mais a última palavra, propulsando melhores deliberações com os demais poderes e o povo (associações, organizações, etc.), promovendo debates democráticos (GODOY, 2017, p. 149 et seq.).

Antonio Ezequiel Inácio Barbosa e Martonio Mont'alverne Barreto Lima (2018, p. 120-121) também esclarecem sobre a teoria dos diálogos institucionais, entendendo significar:

[...] uma perspectiva que contempla a atuação política de múltiplos sujeitos, de modo a transpor compreensão de que os tribunais constitucionais ou cortes supremas seriam dotados de legitimidade superior e final para interpretar a Constituição.

[...] Nessa ambiência, a postura dialógica, longe de representar o desprestígio ao âmbito de atribuições próprias de cada instituição surge como componente necessário e lubrificante do postulado da separação dos Poderes. Implica a admissão de que a Corte Suprema e o Congresso Nacional são atores legitimados ao exercício da interpretação constitucional, de modo a afastar toda pretensão de sobreposição hierárquica por parte de qualquer um deles.

E na seara dos direitos fundamentais à saúde, torna-se salutar o diálogo entre as instituições que tripartem os poderes da República Federativa do Brasil, e entre estas e o povo, haja vista que devem compreender e analisar o cenário completo e real existente, e não uma utopia que muito em breve pode se transformar no caos social, se já não está sendo.

Nesse ínterim, além das limitações à atuação do Poder Judiciário acima mencionadas, a abordagem dos diálogos institucionais torna-se mais uma alternativa a ser objeto de reflexão à separação dos poderes atualmente existente no Brasil e à exacerbada e ilimitada judicialização da saúde, de modo a proporcionar o diálogo entre os Poderes, a participação efetiva dos Poderes no grau de suas respectivas competências, com uma postura aberta ao diálogo institucional e social, com o objetivo de se evitar a supremacia judicial da forma exagerada que se presencia na atualidade. Até porque, para a construção contínua da Carta Magna, se faz salutar a participação de todos os entes envolvidos, mormente os três Poderes e o povo diretamente interessado, sem intuito inquisitório, mas sim colaborativo, norte referenciador de uma democracia.

## 5 CONCLUSÃO

Ao estudar a respeito da separação dos poderes, percebe-se as drásticas modificações que sua estrutura vem sofrendo diante do cenário da judicialização exacerbada dos direitos

fundamentais à saúde, bem como diante da resposta do Judiciário, do Executivo e do Legislativo frente a esta realidade.

A Constituição Federal de 1988 é propulsora da garantia dos direitos fundamentais e sociais de modo amplo e genérico, fomentando, com isso, a busca ilimitada pela prestação positiva dos direitos fundamentais e sociais pelo Estado.

Em decorrência da frustração e impossibilidade de cumprimento do papel constitucional na entrega desses direitos por parte do Poder Executivo, bem como uma descrença na política e no Legislativo em si, além de omissões por parte desses dois poderes, instaurou-se a judicialização da saúde. Aliado a isso, a juristocracia, que interfere fortemente na competência dos demais poderes e traz o Judiciário como protagonista do cenário dos poderes tripartites, gera a ofensa à separação dos poderes constitucionalmente protegida como cláusula pétrea, o caos do Estado e o derradeiro caos social, por meio de inovações legais e constitucionais, inobservância de políticas públicas existentes e ativas, implementação de políticas públicas de forma isolada e desmedida, sem o necessário conhecimento e competência para tal, tudo a fim de cumprir a garantia aos direitos fundamentais da Constituição Federal sem qualquer limite e muitas vezes de forma inconsequente.

Todo esse engendramento atual propicia e influencia a confiança cega no Judiciário e a busca desenfredda da resolução de todos os males junto ao Judiciário, ocasionando a quebra da separação dos poderes tal qual como constitucionalmente estabelecida.

Frente a esta lamentável e desesperadora situação – pesquisa do CNJ que aponta aumento de 49% da judicialização da saúde do ano-base 2015 ao ano-base 2016 –, se buscou estudar o posicionamento de juristas e doutrinadores sobre as direções que podem ser tomadas, a fim de preservar o texto constitucional e a separação dos poderes como tal estabelecido. O estudo aponta a necessidade de limites à atuação do Poder Judiciário e a necessidade do diálogo das instituições, até para que os poderes se conversem e busquem sua harmonização, como dita a Constituição. Diálogos estes aptos a compreender as vicissitudes e mazelas de cada poder, a fim de reordenar em conjunto as políticas públicas que podem melhor organizar e perfectibilizar a prestação dos direitos constitucionalmente garantidos e muitas vezes não entregues, ou se entregues, em prejuízo de outrem.

Diante do exposto, conclusão se traz no sentido de que a atual conjuntura se mostra por demais degradada e sem perspectivas reais, estruturais, orçamentárias, legais e constitucionais lógicas; devendo-se repensar o modelo ilimitado apresentado, por meio da adoção de limites à desenfredda judicialização e por meio dos diálogos institucionais, como mecanismos para modificar

o rumo e traçar um norte seguro, eficaz, legal e constitucional a esse desordenado movimento de judicialização da saúde, já descarrilhado.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Edição do Proview.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. **As relações entre os Poderes da República no estado brasileiro contemporâneo: transformações autorizadas e não autorizadas**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 13, p. 37-73, nov./dez. 2011.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da Política e Controle Judicial das Políticas Públicas**. Revista Direito GV, 8(1), p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, p. 29-60, jan./mar. 2009.

BELAUNDE, Domingo Garcia. **De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional**. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 3, 1999.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; AGRA, Walber de Moura. **A jurisprudencialização da constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jan./dez. 2004.

Disponível em:

<[http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca\\_periodico\\_telacheia\\_pesquisa.aspx?i=78856&p=62](http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_telacheia_pesquisa.aspx?i=78856&p=62)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade**. Estudos Avançados 18(51), 2004. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a07v1851.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo; MORAES, Filomeno. **Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017.

COSTA, Bruno Andrade. **O controle judicial nas políticas públicas: Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 199, jul./set. 2013.



DERRIDA, Jacques. **Diritto alla Giustizia**. Diritto, Giustizia e Interpretazione. Roma: Laterza, 1998.

DIAS, Eduardo Rocha. **Abordagem das capacidades e direito à saúde: entre o mínimo e o máximo de proteção**. RJLB - Revista Jurídica Luso-Brasileira, v. 5, p. 53-83, 2018.

FARIA, José Eduardo; GIORGI, Rafaelle de; CAMPILONGO, Cesar. **Estado de coisas inconstitucional**. O Estado de São Paulo, set. 2015. Disponível em: <<http://opinio.estado.com.br/noticias/geral,estado-decoisas-inconstitucional,10000000043#>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **O estado de direito entre o passado e o futuro**. In COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). O Estado de Direito: história, teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417-464.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle das Políticas pelo Poder Judiciário**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 7, n. 7, 2010.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The origins and consequences of the New Constitutionalism**. Massachusetts: Harvard University Press, 2004. Chapter 2 The Political Origins of Constitutionalism, p. 71-108.

LOIS, Cecília Caballero (Coord.). **Separação de poderes e vício de iniciativa: bases para a fixação do regime de cooperação legislativa entre os poderes Executivo e Legislativo**. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 11, n. 94, p.1-50, jun./set. 2009.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Ediouro, 1987.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. **O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI**. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216-237, dez. 2015.

SANTOS, Caroline Regina dos. **Judicialização da saúde no Brasil em números**. Nov. 2017. Disponível em: <<https://blog.ipog.edu.br/saude/judicializacao-da-sade-em-numeros/>>. Acesso em: 16 set. 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: democracia e governabilidade no Brasil**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 20, n. 20, p. 253-299, jul./dez. 2016.



SCHNEIDER, Yuri; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **O reflexo das crises interconectadas do Estado contemporâneo na transformação dos direitos humanos fundamentais sociais.** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 137-164, jan./mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo.** Consultor Jurídico, out. 2015. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#\\_ftn4](https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo#_ftn4)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, v. 19, n. 2, nov. 2007, p. 39-85.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the separation of powers.** Oxford: Clarendon, 1998.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory.** Harvard University Press. Edição do Kindle, 2016.

WANG, Daniel Wei Liang. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações.** Revista de Direito Sanitário, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul. 2009.

Recebido em: 24/05/2020  
Aprovado em: 16/12/2020

Editor:  
Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editores executivos:  
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal  
Amazile Titoni de Hollanda Vieira  
Layra Linda Rego Pena