

## **AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E O ATIVISMO JUDICIAL<sup>1</sup>**

### *THE PUBLIC HEALTH POLICIES AND JUDICIAL ACTIVISM*

**Othoniel Pinheiro Neto**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. As políticas públicas como forma de efetivação dos direitos sociais; 2. O Judiciário e as políticas públicas de saúde; 3. Análise econômica do diminuto orçamento da saúde no Brasil; 4. O ativismo judicial no âmbito da judicialização da saúde; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

#### **RESUMO**

O presente artigo faz uma análise da intervenção judicial nas políticas públicas na atual conjuntura brasileira. Aponta que os programas e decisões governamentais devem ter por objeto o interesse público, visando fomentar os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal, sendo que não é isso o que acontece com as prestações de serviços no Brasil, pois vários direitos sociais ainda não apresentaram uma efetividade razoável, mesmo após a Constituição de 1988. Nesse cenário, em virtude de omissões administrativas, o ativismo judicial surge através de decisões do Judiciário que visam obrigar o poder público a conceder prestações que envolvam os direitos sociais. Ocorre que com o direito à saúde, o tema do ativismo judicial comporta uma série de considerações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo Judicial; Políticas públicas; Judiciário.

#### **ABSTRACT**

This article analyses judicial intervention in public policy in the current Brazilian conjuncture. It shows that governmental decisions as well as programs should have the public interest as its object in order to promote the fundamental rights listed in the Federal Constitution; however that is not observed in the services rendered in Brazil where various social rights have not yet presented a reasonable effectiveness even after the 1988 Constitution. In this scenario, due to administrative omissions, judicial activism arises through judicial decisions aimed at forcing the government to provide services involving social rights. It

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito público pela UFAL. Defensor Público do Estado de Alagoas. e-mail: [othonielpinheiro@hotmail.com](mailto:othonielpinheiro@hotmail.com)

happens that with the right to health, the issue of judicial activism involves several considerations.

**KEY WORDS:** Judicial Activism; Public policy; Judiciary.

## **INTRODUÇÃO**

Na atual sociedade brasileira observa-se uma cobrança crescente da população para que a efetividade dos direitos fundamentais esteja guiando as principais decisões dos agentes públicos. Nesse prisma, com uma nova ordem constitucional inaugurada após a Constituição de 1988 ficou menos difícil cobrar do poder público os direitos elencados do texto constitucional, pois foram criados vários tipos de ações e diversas formas de se postular tais direitos perante o Judiciário e até mesmo perante o Executivo. Destarte, com o agigantamento das necessidades crescentes de uma sociedade consciente de seus direitos, passou-se a exigir cada vez mais da Administração Pública uma efetiva prestação de serviços de sua responsabilidade.

Ao legislador cobra-se uma efetiva fiscalização de toda gerência administrativa do Poder Executivo e a feitura de leis que alavanquem e ponham em prática os direitos constitucionais garantidos. Acontece que o Poder Legislativo não desempenha de maneira convincente suas funções, o que leva a um enorme descrédito perante a sociedade brasileira, aliado a inúmeras denúncias de corrupção e compras de votos em eleições.

O Poder Executivo também não presta de forma satisfatória seus serviços de caráter social, especialmente aqueles decorrentes de direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição Federal, como saúde, educação, etc. Muitos de seus programas também não têm saído do papel de forma satisfatória, como várias políticas nacionais instituídas.

Assim, a sociedade está, cada vez mais, acreditando que somente o Poder Judiciário é que é o único Poder capaz de fazer valer a ordem jurídica, situação gerada, inclusive, por discursos de alguns meios de comunicação, que apontam

os demais poderes como corruptos, que visam aos interesses próprios e não aos valores sociais<sup>2</sup>.

As atenções voltam-se para o Poder Judiciário, que agora, para alguns, passou a ser o verdadeiro responsável pela condução e transformação do conteúdo e alcance dos direitos constitucionais fundamentais, no sentido de fazer valer obrigações constitucionais de todos os poderes, utilizando-se de seu poder de coerção e atuando com independência e imparcialidade.

Desta sorte, uma enxurrada de livros, artigos e precedentes jurisprudenciais está debatendo até onde pode ir a interferência do Poder Judiciário em ações do Executivo. São muitas as controvérsias, principalmente no que diz respeito à judicialização dos direitos sociais.

Nesse mister, vale frisar que nos últimos anos, no Brasil, notou-se um crescimento no número de ações judiciais em que se buscam medicamentos, cirurgias e outras prestações que envolvem o direito à saúde. Tal situação despertou diversos debates jurídicos a respeito do tema. As discussões giram em torno dos limites de atuação do juiz sobre as políticas públicas administrativas e se realmente “a justiça faz bem à saúde<sup>3</sup>”.

No outro lado, os gestores públicos reclamam, pois, além de ter limitações legais, não possuem recursos suficientes para satisfazer a totalidade das demandas sociais, e ainda sofrem com inúmeros bloqueios judiciais em suas contas, fruto de demandas isoladas e individuais de pessoas que estão simplesmente procurando o seu direito fundamental à saúde.

O novo panorama é fruto de uma espécie de mutação constitucional, em que os dispositivos da Constituição Federal passaram a ser interpretados de uma forma mais abrangente, gerando uma situação na qual se coloca o Poder Judiciário

---

<sup>2</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 95.

<sup>3</sup> Termo usado (em forma de pergunta) para denominar o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizado em São Paulo em novembro de 2010.

como o principal ator, já que a ele foi dado a função de interpretar e aplicar coercitivamente os direitos fundamentais.

Todo esse cenário apenas reflete o fenômeno que se passou a chamar de ativismo judicial, que faz com que o Judiciário passe a exercer atribuições originárias de outros poderes, no sentido de fazer valer não somente o direito fundamental à saúde, mas sim, outros direitos da pessoa humana. Dessa forma, o presente artigo analisa um panorama da busca da efetividade dos direitos sociais perante o Judiciário, observando, especialmente, se existe prática de ativismo judicial na judicialização da saúde.

## **1. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

A evolução do Estado e da sociedade trouxe novos problemas e discussões sobre a forma de distribuir prestações estatais de maneira mais isonômica possível. Adaptar as necessidades sociais à formatação da estrutura estatal era exigência que melhor seria atendida através de prestações de interesse social. Com isso, o Estado procura prestar seus serviços de caráter coletivo estabelecendo diretrizes que vão comandar o gerenciamento das prestações, através, preferencialmente, de políticas públicas pré-estabelecidas de acordo com a discricionariedade do administrador, sempre respeitando a legislação. A importância do tema é tão evidente que Fábio Konder Comparato, destaca que uma política pública sempre é o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>4</sup>.

Ricardo Augusto Dias da Silva, após estudo sobre a conceituação do termo, destaca sua definição de política pública, lecionando que é "(...) conjunto de ações, medidas e procedimentos que representam as diretrizes estatais,

---

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

regulando e orientando as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público (...)<sup>5</sup>.

No atual estágio social, 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. Por conseguinte, mesmo com o caráter político de sua elaboração, os construtores das políticas públicas devem obrigatoriamente atender ao interesse público em sua elaboração, não tendo margens para decidir livremente o que fazer. Assim, difícil é a tarefa do administrador em eleger as prioridades que serão contempladas com as políticas públicas, notadamente tendo em vista a limitação de recursos financeiros dos cofres estatais. Dessa forma, acaso não exista um prévio planejamento na elaboração das políticas públicas, o administrador ficará cercado por grandes limitações, podendo comprometer a estabilidade social diante dos reclamos sociais do momento.

Desse cenário, fica um pouco mais fácil vislumbrar o quanto o administrador público deve respeitar a Constituição Federal, tendo a obrigatoriedade de elaborar políticas públicas que alavanquem os direitos fundamentais sob pena de intervenção judicial em suas decisões ou omissões.

A visão democrática de uma política pública é lembrada por Ana Paula de Barcellos, que acrescenta que elas são indispensáveis na promoção dos direitos fundamentais, e que devem ser feitas de forma sistemática e abrangente, visando atender aos fins constitucionais, tendo sempre a consciência da limitação orçamentária, já que envolve gasto de dinheiro público<sup>6</sup>.

Leonel Pires Ohlweiler apregoa que as políticas públicas estão relacionadas com o pressuposto da intervenção estatal a fim de promover o desenvolvimento

---

<sup>5</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 151.

<sup>6</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

econômico, social, cultural e político através de ações planejadas democraticamente, acrescentando que não só os direitos sociais são objeto das políticas públicas, mas também todos os direitos fundamentais, no sentido de viabilizar direitos como a liberdade, a segurança e a propriedade<sup>7</sup>. Com efeito, a atual moldura constitucional fez com que o autor defendesse uma mudança na antiga estrutura administrativa estatal, fundada na separação de Estado e sociedade, fazendo destruir estruturas arcaicas de hierarquia entre Poder Público e o cidadão, sendo de grande valia a utilização do constitucionalismo moderno, em que o cidadão é peça central<sup>8</sup>. Calha salientar que o Estado deve conceder proteção às pessoas, pois sua criação pressupõe a existência de pessoas reunidas em sociedade, ou melhor, a existência dos seres humanos não é baseada no Estado, ele é que é baseado na existência das pessoas. Dessa forma, deve o Poder Público tomar os direitos fundamentais dos seres humanos como vertente para guiar a formulação dos serviços prestados à comunidade. Nesse mister, Ingo Wolfgang Sarlet destaca que o legislador constituinte “[...] reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui finalidade precípua, e não meio da atividade estatal<sup>9</sup>”.

Nos últimos anos, a demanda por prestações sociais, especialmente as de saúde, aumentou significativamente fruto de uma nova espécie de interpretação constitucional, que leva em consideração diversos preceitos como a máxima efetividade da Constituição e sua força normativa, o princípio da unidade constitucional, etc. Dessa forma, o Judiciário passou a ser o ator principal desse cenário, em que os juízes passam a garantir prestações originariamente atribuídas a outro poder.

---

<sup>7</sup> 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, p. 291/292.

<sup>8</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. p. 292.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 98.

## **2. O JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Todas essas dificuldades de compreender o espírito de uma política pública, e de fazer com que a máquina administrativa opere adequadamente as prestações dos serviços, têm levado o Judiciário a tomar uma série de medidas no sentido de determinar que o Estado cumpra os mandamentos constitucionais.

No que diz respeito às prestações que envolvam serviços públicos de saúde, o legislador constitucional originário estabeleceu, no art. 196, que eles serão proporcionados através de políticas públicas, que visem ao acesso universal e igualitário, a fim de que o oferecimento dos serviços se torne mais justo e proporcional.

Sobre esse específico tema, diversas normas foram instituídas pelo Estado brasileiro com o intuito de viabilizar a efetividade do direito à saúde. Além da legislação que dispôs sobre o SUS (Lei 8.080/90), diversas outras normas ajudam a alavancar a prestação de serviços de saúde pública no Brasil<sup>10</sup>, ou seja, o legislador brasileiro não está sendo tão omissos nesses casos, razão pela qual não há muito espaço para se falar em invasão do Judiciário na esfera do Poder Legislativo, diante da maioria das decisões judiciais inerentes à saúde.

Quanto ao Poder Executivo, a questão que se coloca é saber até que ponto o Judiciário poderá intervir nas políticas públicas de distribuição de medicamentos e outras prestações relacionadas à saúde, pois a alocação individual dos insumos pode caracterizar intervenção indevida na distribuição previamente estabelecida. Porém, o problema ainda é maior quando sequer a política pública existe, ou, se existe, não é executada.

---

<sup>10</sup> A propósito, conferir a Lei 8.142, de 28/12/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências; a Lei 10.972, de 2/12/2004, que autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS e dá outras providências; a Lei complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde e a portaria nº 2.048 de 03 de setembro de 2009 que aprova o Regulamento do Sistema Único de Saúde (SUS) e dispõe sobre diversas políticas públicas de saúde.

Os defensores da interferência judicial afirmam que o Poder Público não oferece seus serviços de maneira apropriada, deixando desamparados aqueles que têm direitos subjetivos a prestações positivas. Ademais, na seara da saúde, o caráter fundamental dos direitos sociais e sua aplicabilidade imediata concedem ampla legitimidade ao Judiciário para ordenar o fornecimento imediato de medicamentos, próteses, transplantes, cadeira de rodas e demais prestações garantidas constitucionalmente. Nesse ponto, importante destacar que o direito à saúde não encontra muita resistência na concessão de liminares, visto que tem amplo amparo constitucional, e ainda traz, muitas vezes, situações a serem resolvidas com urgência.

Assim, o “neoconstitucionalismo<sup>11</sup>”, diante de seus novos institutos, atribui uma responsabilidade imensa ao Judiciário, no sentido de concretizar as normas constitucionais.

Desse cenário, também se pode extrair que o direito não poderá deixar de lado uma realidade: a escassez de recursos públicos diante das demandas da população, o que dificulta a efetividade dos direitos fundamentais proclamados na Constituição de 1988. Então, é discutível se o Estado pode arcar com todas as pretensões dos cidadãos, pois “(...) ainda que se reconheça a via estatal como parte legítima em propiciar recursos é notório que a efetivação dos direitos

---

<sup>11</sup> Ao fazer uma análise crítica do neoconstitucionalismo, Elival da Silva Ramos diz que se trata de um “modismo intelectual” e um conjunto de argumentos frágeis. Para o professor da USP, quanto ao marco filosófico, os neoconstitucionalistas intitulam-se de pós-positivistas, como se o positivismo tivesse deixado de ser o modelo dominante na teoria do direito. Aduz que “na verdade, os neoconstitucionalistas brasileiros são antipositivistas (e não pós-positivistas), mas preferem dedicar um epitáfio ao positivismo jurídico do que se afirmar em combate com essa variante teórica, que continua extremamente influente no campo da Ciência do Direito” RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279-281. Luís Roberto Barroso também confere certa “incerteza” ao neoconstitucionalismo ao apregoar que “Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. Número 09. Março/abril/maio de 2007. p. 02. Disponível em: [http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=Luis%20Roberto%20Barroso](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Luis%20Roberto%20Barroso) >. Acesso em: 20 abr 2012.



sociais passa necessariamente pela existência de disponibilidade econômica (...) <sup>12</sup>”.

Ao abordar a temática, Ricardo Lobo Torres defende que, caso não haja dotação orçamentária, compete aos poderes Legislativo e Executivo a realização da respectiva organização, cabendo ao Judiciário apenas proteger o mínimo existencial determinando o remanejamento orçamentário nessas hipóteses. Ademais, adiciona o autor que o sequestro judicial de verbas públicas para atender a demandas relacionadas aos direitos sociais trata-se de hipótese não prevista em leis infraconstitucionais e nem na Constituição, em que o único caso é o do § 2º do art. 100 (que trata dos precatórios) <sup>13</sup>.

A chamada “reserva do possível<sup>14</sup>” é muito lembrada pelos gestores públicos na tentativa de não efetivar os direitos sociais, porém, na quase totalidade dos casos levados ao Judiciário a alegação é desprovida de fundamentação, pois são desacompanhadas de provas esclarecedoras que demonstrem ao juiz que o poder público não tem recursos para custear o que foi pedido judicialmente.

Com efeito, muitas são as críticas direcionadas ao argumento da falta de recursos, dentre elas, a levantada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins que aduzem que são diversas as opções do gestor público para arrecadar melhor, como organizar as prioridades orçamentárias, arrecadar novos tributos pelo aumento de alíquotas ou pelo combate à sonegação fiscal, adicionando que:

A impossibilidade de o Estado atender demandas de despesa não poder servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no

---

<sup>12</sup> BUCOSKI, Carolina Graciano; SILVEIRA, Rafael Alexandre. Políticas públicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos e bioéticos. Anuário da Produção de Iniciação Científica Discente. Valinhos (SP), v. XI, n. 12, p. 311, 2008. Disponível em: <<http://sare.anhanguera.com/index.php/anuic/article/viewFile/479/464>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

<sup>13</sup> 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, p. 76.

<sup>14</sup> A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, por meio de um caso em que houve pedido de ingresso em uma universidade pública de medicina independente do número de vagas, sob o fundamento da liberdade de exercício de profissão. Diante disso, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) resolveu negar o pedido, argumentando que as prestações estatais estão sujeitas àquilo que a sociedade pode exigir de forma razoável.

plano geral (controle abstrato das políticas públicas de saúde, habitação, educação etc.), quanto individual (pretensão concreta exigida pelo titular do direito à saúde, por exemplo). Isso se deve a razões processuais. No primeiro caso, cabe ao legislador fixar o "como" (intensidade do investimento) o direito social a de ser concretizado, faltando ao juiz competência para tal constatação. No segundo caso, é de competência jurisdicional verificar a procedência de um pedido com base em um direito social, condenando o Estado à prestação específica, independente de alegações sobre "impossibilidade" da prestação.<sup>15</sup>

Andreas Krell, ao tratar sobre o assunto, assevera que os recursos podem ser retirados de outras áreas fora do orçamento da saúde:

A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos!. E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a "ponderações" perigosas e anti-humanistas do tipo "porque gastar dinheiro com doentes incuráveis e terminais?", etc..

(...)

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de "caixas cheias" do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos "condicionantes econômicos" relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados "direitos de segunda categoria". Num país com um dos piores quadros de redistribuição de renda do mundo, o conceito da "redistribuição" (Umverteilung) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente<sup>16</sup>. (Grifos no original).

---

<sup>15</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100-101.

<sup>16</sup> KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** - os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002, p. 53-54.

Destarte, o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de maneira indiscriminada de forma que se negue efetivação aos direitos sociais constitucionais, notadamente naquelas situações enquadradas no conjunto do mínimo existencial. Ademais, deve-se ter cautela ao importar institutos jurídicos de outros países, pois podem causar efeitos diversos em diferentes sociedades, e é com a Sociologia do Direito que "(...) deve-se analisar o real funcionamento e efeito das decisões jurídicas – como os Direitos Fundamentais – no diferentes ambientes sociais, as quais, de longe, podem parecer muito semelhantes<sup>17</sup>".

Andreas Krell afirma que não se pode copiar imediatamente doutrinas e princípios de outro país, em que a sociedade e os costumes são totalmente diferentes, indiscriminadamente, especialmente dos países ricos, para os "em desenvolvimento" ou periféricos como o Brasil, sendo que a discussão europeia sobre os limites dos direitos sociais não pode ser absolutamente transferida para o Brasil<sup>18</sup>. Ainda leciona o professor que os direitos sociais prestacionais estão sujeitos a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo de maneira racional pode esperar da sociedade<sup>19</sup>.

Devido a toda essa problemática que resulta, inclusive, inúmeros pedidos de suspensão de liminar pelos entes públicos perante o Supremo Tribunal Federal, o então presidente, ministro Gilmar Mendes, convocou, em 5 de março de 2009, audiência pública para a oitiva de especialistas com experiência na área. A audiência pública convocada pelo STF para discutir o sistema público de saúde no Brasil buscou encontrar caminhos para a atuação judicial nessa matéria. Em decorrência das inscrições, foram habilitados 33 (trinta e três) profissionais da área de saúde, além de mais 13 (treze) convidados pelo tribunal. As sessões foram realizadas nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

---

<sup>17</sup> KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** - os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". p. 42.

<sup>18</sup> KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** - os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado", p. 54.

<sup>19</sup> KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** - os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". p. 52.

Em decorrência dessa audiência pública, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou resolução nº 31/2010 de 30 de março de 2010, recomendando aos Tribunais que dotassem seus magistrados de equipe técnica para a apreciação de dúvidas em concessão de liminares nas ações de saúde. Tal equipe teria a atribuição de avaliar diversas situações, observando se o medicamento tem registro na ANVISA, se há genérico à disposição na rede, se há tratamento alternativo, dentre outras funções<sup>20</sup>.

A realização da audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal poderá apontar caminhos muito genéricos na solução dos problemas, pois a enorme extensão territorial brasileira e seus milhares municípios revelam que se deve observar a particularidade de cada região. É evidente que a característica do serviço público de saúde prestado em um município do interior do Amazonas é muito diferente do prestado em São Paulo, sendo salutar a realização de audiências públicas em cada Estado, envolvendo os diversos organismos locais da sociedade civil, para só então trabalhar de forma diferenciada a fim de se encontrar soluções específicas para cada problema.

Diante de tudo isso, nota-se que a oportunidade que o cidadão tem de recorrer ao Judiciário para garantir seu direito à vida é fruto de importantíssimas normas constitucionais e não pode ser afastada. Assim, esta pesquisa defende, em regra, a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, pois o Judiciário exerce

---

<sup>20</sup> Nesse ponto, entendemos que o CNJ não atentou para a realidade de alguns Estados da federação, pois a Defensoria Pública do Estado de Alagoas já detém todo esse aparato desde novembro de 2009. Atestados, relatórios e receitas médicas fornecidas pelos pacientes são analisados por médicos e farmacêuticos que trabalham junto à Defensoria Pública e são acostados nas petições iniciais enviadas ao Judiciário, junto com outros documentos elaborados pelos próprios funcionários das secretarias de saúde. Assim, entendemos que a orientação do CNJ foi expedida para todos os Tribunais sem atentar para a realidade específica de cada Estado, já que, em Alagoas, a própria Defensoria Pública já possui tais especialistas referidos pelo CNJ, sendo desnecessário o Judiciário alagoano montar outra equipe e burocratizar ainda mais o acesso à saúde em Alagoas. O próprio Tribunal de Justiça, no julgamento do agravo de instrumento nº 2011.000059-2, reconheceu o trabalho da Defensoria Pública na análise criteriosa dos pleitos de medicamentos e procedimentos cirúrgicos nos seguintes termos: "É sabido que a Defensoria Pública realiza análise criteriosa dos casos concretos que patrocina, buscando só utilizar o Poder Judiciário diante do insucesso nas vias administrativas e, principalmente, quando se demonstra claramente necessário. Dessa forma, revela-se indiscutível que a agravante, ao recorrer à Defensoria Pública, buscou solucionar administrativamente o problema relativo à realização do procedimento, contudo, diante do insucesso, foi obrigada a buscar a via judicial". ALAGOAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. Agravo de instrumento nº 2011.000059-2. Relator: Pedro Augusto Mendonça. Maceió, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www.tjal.jus.br>> Acesso em: 18 fev. 2011.

papel fundamental na efetivação dos direitos fundamentais, agindo de modo positivo em hipótese de omissão e analisando cada caso para avaliar a necessidade de intervenção judicial.

Nesse ponto, é preciso analisar a temática com cautela, já que é preciso saber até que ponto uma determinada decisão judicial estaria invadindo a esfera de decisão de outro Poder. Esse questionamento é válido para averiguar até que ponto estaremos diante do ativismo judicial. Por isso a investigação do termo é imprescindível para a temática.

### **3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIMINUTO ORÇAMENTO DA SAÚDE NO BRASIL**

Autores como Ana Paula de Barcellos<sup>21</sup> e José Reinaldo de Lima Lopes<sup>22</sup> defendem que a limitação do orçamento brasileiro deve ser levada em consideração no momento em que os tribunais determinam a entrega de medicamentos ou a realização de cirurgias, devendo o juiz avaliar as consequências da decisão<sup>23</sup>. Porém, na avaliação de Fernando Fróes Oliveira,

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. p. 107-110.

<sup>22</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 168/169.

<sup>23</sup> Nesse prisma, salutar também destacar outras críticas acerca da interferência judicial na distribuição das prestações sociais que aduzem que a situação pode provocar quebra do princípio da isonomia, visto que, a judicialização individual dos pleitos pode ocasionar situações desiguais, em que somente uma parcela da população teria acesso aos serviços públicos de saúde em virtude de ordens judiciais, situação ocasionada, inclusive, pela falta de Defensoria Pública em algumas partes do Brasil, acarretando afronta ao princípio da universalidade e igualdade na distribuição dos serviços públicos de saúde. Assim, os defensores dessa corrente apregoam que a tutela coletiva seria uma melhor opção na distribuição dos serviços públicos de saúde, já que, haveria mais possibilidade de respeitar o acesso universal e igualitário. Sobre esse argumento da preferência da tutela coletiva como via principal ou única, não se pode olvidar que ao ceifar a via individual estaríamos cometendo um crime ainda mais grave ao responsabilizar o cidadão pelas omissões e desarranjos institucionais ocasionados pelo poder público. Nada obstante, é salutar lembrar que o direito de acesso à justiça é um direito fundamental (XXXV do art. 5º da CF) e, portanto, de aplicabilidade imediata.

poucos são os magistrados que investigam as consequências econômicas dos provimentos judiciais<sup>24</sup>.

Luciano Benetti Timm aponta algumas possíveis causas pelas quais os juristas resistem à economia, como a dificuldade dos estudantes de direito com o estudo das ciências exatas, as más disciplinas de economia oferecidas no curso de direito e falta de vivência em momentos de planos econômicos desastrosos (ocorrido em um passado recente) elaborados ao arrepio da ordem jurídica e dos valores constitucionais<sup>25</sup>.

Nesse contexto, admite-se que o direito como ciência não pode desprender-se da realidade social, de modo que as normas e decisões judiciais deveriam ficar atentas a possíveis consequências.

Desta sorte, é diante desse cenário que se encaixa a análise econômica do direito para conceder postulados da economia ao aparato jurídico<sup>26</sup>.

As ligações que a economia tem com o mundo jurídico irão ampliar a visão do jurista a respeito de verdadeiras consequências que as normas e as decisões judiciais acarretam em determinados cenários, abrindo assim o debate para a análise econômica do direito, que assim é descrita por Ivo Gico Júnior:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da

---

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia, e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. In: In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 684.

<sup>25</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54.

<sup>26</sup> Estudar as leis como elas de fato funcionam faz parte das premissas do realismo jurídico norte-americano, que surgiu no início do século XX.

abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito<sup>27</sup>.

Nesse mister, é válido destacar que a análise econômica do direito é voltada para diversas situações, não se apresentando somente nas hipóteses em que se depara com finanças públicas. Todos os ramos do direito, desde o ambiental ao constitucional, são passíveis de investigação por esta metodologia. Aliás, toda forma de comportamento humano é passível de análise pelo método econômico<sup>28</sup>. Mas aqui, a ênfase a ser dada é justamente nas abordagens judiciais que se relacionem com recursos (sempre escassos) dos orçamentos públicos do Brasil, especificamente do SUS.

Ao que parece, a intenção de alguns autores é atrair o debate da análise econômica do direito com o intuito de provocar uma discussão acerca das limitações dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, tendo em vista o orçamento público brasileiro.

Porém, é indispensável prestar atenção a uma perspectiva importante levantada por Bruno Meyerhof Salama, que diz respeito aos estudos comparados que podem mostrar possibilidades alternativas tendo em vista estruturas políticas e jurídicas parecidas<sup>29</sup>.

É nesse cenário que se mostra importante fazer uma análise econômica da real situação do orçamento brasileiro. Porém, nessa oportunidade, propõe-se uma análise comparativa com orçamentos da saúde pública de outros países.

Nessa discussão, é salutar analisar uma situação que passa quase despercebida por muitos pesquisadores brasileiros, pois ao elaborar artigos, livros, dissertações, teses e decisões judiciais sobre a judicialização da saúde, poucos atentam para a diminuta situação do orçamento brasileiro. É que o Brasil, apesar de ser a sexta economia mundial e ter concedido ao direito à saúde força de

---

<sup>27</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

<sup>28</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. p. 13.

<sup>29</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. **Direito e economia**: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.) São Paulo: Saraiva, 2010, p. 50.

norma constitucional fundamental, possui um orçamento destinado à saúde pública muito inferior ao de vários outros países, o que justamente acarreta o aumento dos processos judiciais que carregam pedidos de cirurgias, medicamentos, etc.

Frise-se mais uma vez, que uma das principais razões do aumento das demandas judiciais nos tribunais brasileiros decorre de um dado real de responsabilidade do poder público: o Brasil gasta pouco com saúde pública em comparação a outros países.

De acordo com o Ministério da Saúde, o Brasil gastou 3,6% de seu PIB com saúde pública em 2008, número muito inferior ao do Reino Unido, Canadá, Alemanha e Espanha, que gastam, pelo menos, 6% de seu PIB<sup>30</sup>.

Assim, em relação aos percentuais dos orçamentos públicos nacionais, o Brasil fica atrás de muitos, pois emprega apenas 5,9% do total de seu orçamento nos serviços de saúde pública, sendo que a média internacional é de 14,3%<sup>31</sup>. O próprio Ministro da Justiça Alexandre Padilha afirmou, em setembro de 2011, que a saúde pública brasileira precisa de R\$ 45 bilhões a mais (aproximadamente 50% de acréscimo) para chegar ao patamar de Chile e Argentina<sup>32</sup>. O que mostra que estamos atrás, até mesmo, de países com economia inferior a do Brasil.

À vista disso, destacam-se dados colacionados por Sulamis Dain, em obra coletiva que trata de direito sanitário, publicada em 2012:

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), sistemas de cobertura universal, como o brasileiro, demandam 6,5%. Entretanto, a consolidação dos

---

<sup>30</sup> NEUMAM, Camila; NOVAES, Marina. Brasil gasta com saúde pública metade do que investem países como Alemanha e Canadá. **R7**. Setembro de 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/gasto-com-saude-publica-no-brasil-e-metade-do-usado-nos-paises-que-tem-esses-servicos-de-graca-20110921.html>>. Acesso em: 30 de nov. 2012.

<sup>31</sup> IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. O Estado de S. Paulo (SP): A saúde é precária. Maio de 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=14254&catid=159&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=14254&catid=159&Itemid=75)>. Acesso em: 01 jul. 2012.

<sup>32</sup> LABOISSIÈRE, Paula. Saúde precisa de R\$ 45 bilhões a mais para chegar ao patamar de Chile e Argentina. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-09-20/saude-precisa-de-r-45-bilhoes-mais-por-ano-para-chegar-ao-patamar-do-chile-e-da-argentina-diz-padilha>>. Acesso em: 05 abr. 2012.



gastos nas três esferas de governo soma apenas 3,7%, do PIB, contrastando com os EUA (7,8%), Canadá (7,5%), México (4,9%), Argentina (4,6%), Chile (4,0%) e Uruguai (9,0%) (indicadores da Opas para 2009, - Anfip, 2011)<sup>33</sup>.

Sulamis Dain elenca alguns impasses no crescimento do orçamento do SUS, como a não regulamentação da emenda constitucional nº 29, a falta de uma reforma tributária que conceda atenção às receitas da seguridade social, ou até mesmo, ao orçamento da saúde, e a falta de instituição de uma contribuição específica para a saúde pública, como é o exemplo da CSS<sup>34</sup>, cujo projeto ainda está tramitando no Congresso Nacional desde 2008.

Nos dizeres de Fernando Fróes Oliveira “um modelo orçamentário compatível com a realidade política e jurídica nacional em muito poderia contribuir para amenizar as tensões existentes entre os três Poderes da República” sendo tudo isso indispensável para harmonizar as premissas do neoconstitucionalismo com a construção da democracia<sup>35</sup>.

Ademais, parece verossímil alegar que maiores investimentos no sistema de prevenção de doenças podem acarretar um menor número de doentes, o que acarretará diminuição dos custos finais nos tratamentos das diversas enfermidades, e conseqüentemente, economizará dinheiro público.

Diante de tudo disso, seria possível, até mesmo, ventilar a possibilidade de discutir-se um direito coletivo a um orçamento de tamanho razoável e dentro dos parâmetros internacionais, mas tal discussão não caberia aqui nessa curta explanação.

Dessa forma, o que se quer com a exposição desses dados no presente trabalho é mostrar para a academia e para os juristas em geral (principalmente aos críticos da judicialização da saúde), que não se deve olvidar que se o orçamento

---

<sup>33</sup> DAIN, Sulamis. O financiamento do SUS e o direito à saúde: das frustrações aos desafios. In: ASENI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 218.

<sup>34</sup> DAIN, Sulamis. O financiamento do SUS e o direito à saúde: das frustrações aos desafios. p. 220-221.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Fernando Fróes. Finanças públicas, economia, e legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo. p. 684-685.

da saúde pública do Brasil fosse maior, talvez toda essa discussão sequer existisse na doutrina jurídica e nos tribunais brasileiros.

#### **4. O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Segundo Luís Roberto Barroso, o termo “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos, durante os anos em que a Suprema Corte foi presidida por Earl Warren (1954-1969), quando houve grande avanço jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer participação do Executivo ou Legislativo americano<sup>36</sup>.

É válido ressaltar que nos sistemas de *common law* a jurisprudência ocupa papel essencial como fonte de direito. Sempre obedecendo a uma Constituição, que muitas vezes é sintética, o precedente aparece por meio de várias decisões num mesmo sentido, oriundas de uma Corte de apelação. Tais decisões vinculam o próprio tribunal e seus respectivos juízes, que devem respeitar o precedente que tem força de uma lei ou de uma Constituição de países de sistema romano-germânico. Assim, é fácil perceber que no sistema que adota o precedente, a função do Judiciário confunde-se muito com a do Legislativo, razão pela qual fica difícil identificar o que seria uma atuação ativista do juiz, pois a produção de normas também compete aos tribunais, que possuem papel extremamente ativo no processo de formação do direito e, principalmente, no processo de adaptação dos precedentes diante de novas exigências sociais e axiológicas. Nesses países, então, não existe uma conotação negativa do termo ativismo que facilmente confunde-se com jurisdição<sup>37</sup>.

Aqui no Brasil, o tema deve ser tratado com cautela, pois a função jurisdicional não se mistura facilmente com a legislativa.

---

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 232/233.

<sup>37</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 105-110.

Nesse mister, é salutar prestar relevo ao termo “ativismo judicial” que poderá ajudar na resolução da temática. À vista disso, colaciona-se conceito elaborado pelo professor da USP, Elival da Silva Ramos:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante as práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes<sup>38</sup>.

Frise-se que, para o autor, o Poder Legislativo é o mais atingido diante de práticas judiciais ativistas<sup>39</sup>.

No Brasil, a influência do positivismo oitocentista negava qualquer discricionariedade ao Judiciário em suas decisões, reduzindo a atividade à subsunção. Os efeitos de atitudes mais avançadas parecem florescer após o advento de Constituição Federal de 1988, em que os direitos sociais foram valorados como de aplicação imediata e outorgaram-se meios para que a pessoa humana buscasse a efetividade desses direitos individual ou coletivamente, por intermédio do Judiciário<sup>40</sup>.

Com efeito, as questões jurídicas, que antes somente discutiam critérios formalistas (em sua maioria pertencente ao direito civil) e não adentravam de forma tão veemente nas relações sociais, estão sendo hoje debatidas por toda a sociedade.

Deveras, passados mais de duas décadas da proclamação da Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira encontra-se decepcionada com os compromissos não cumpridos, que foram elevados à categoria de normas

---

<sup>38</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos. p. 129.

<sup>39</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos. p. 129.

<sup>40</sup> Elival da Silva Ramos apregoa que o elemento de impulsão do ativismo no Brasil deu-se com a Constituição de 1934, que outorgou modelo intervencionista ao *welfare state*. RAMOS, *Elival da Silva. Ativismo Judicial:* parâmetros dogmáticos. p. 268.

constitucionais. Os direitos sociais que conseguiram alcançar uma efetividade razoável nos países desenvolvidos não tiveram tanto êxito no Brasil.

É previsível que o Judiciário seja acionado pela população e deflagre uma crise entre os poderes, pois o mau funcionamento e a falta de credibilidade do Legislativo e do Executivo fazem com que o Judiciário se agigante e tenha a possibilidade de quebrar a independência e a harmonia entre os poderes.

Para boa parte da doutrina, tudo isso é resultado do chamado “neoconstitucionalismo”<sup>41</sup>, que é reconhecido por Daniel Sarmento com o surgimento da força normativa da Constituição, com métodos de interpretação mais abertos, com a constitucionalização de muitos direitos, com a reaproximação entre o direito e a moral, com a da constitucionalização da política e das relações sociais, com o sensível deslocamento do centro de decisão para o Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes, fruto da existência de inúmeros princípios constitucionais vagos, que estão dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação<sup>42</sup>.

Para uns, a conduta do juiz ativista está amparada em preceitos constitucionais. Dirley da Cunha Junior leciona que o Judiciário deve ter uma maior participação na construção da sociedade do bem-estar, pois “(...) a efetivação dos novos direitos sociais exige mudanças nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram, sem dúvida alguma, co-responsáveis pela realização das políticas públicas dos outros Poderes”. Ademais, o autor defende uma verdadeira criação judicial do direito, como consequência da expansão e crescimento do Judiciário, em que o juiz é chamado a substituir o legislador e criar direito novo, consolidando um verdadeiro ativismo judicial, que se contrapõe ao formalismo de outrora. Ainda descreve que a politização do juiz é fruto de sua alta independência e criatividade, com responsabilidade na construção de uma melhor sociedade, a fim de promover a efetividade dos direitos fundamentais. Além disso, afirma o autor que a alegação da falta de legitimidade democrática do Judiciário seria contestada em face da descredibilidade dos outros poderes,

---

<sup>41</sup> A propósito, ver comentários em nota de rodapé nº 15.

<sup>42</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. p. 73-74-87.

em que no jogo de forças políticas que envolvem formação de alianças partidárias e articulações das mais variadas qualidades, não priorizariam interesses democráticos ou da maioria da população<sup>43</sup>.

Para uns, o ativismo judicial esbarraria em equívoco, pois ao permitir-se a invasão na esfera de decisão de outro Poder, estar-se-ia retirando do administrador público ou do legislador, que são os legítimos criadores das políticas públicas, a sua verdadeira função.

Deveras, a questão que se coloca como fundamental para responder se existe ou não ativismo judicial na judicialização da saúde no Brasil, passa por investigar se as determinações judiciais invadem o âmbito de decisão do Legislativo e do Executivo, bem como relembrar o próprio conceito de ativismo judicial<sup>44</sup>.

Consoante foi mostrado linhas atrás, o Legislativo já expediu leis que dão ensejo à prestação dos serviços de saúde pública no Brasil (Lei nº 8.080/90, 8.142/93 etc.), razão pela qual se descarta a alegação de invasão judicial no âmbito de decisão do Legislador. Já no âmbito do Poder Executivo, é válido ressaltar que já existem políticas públicas criadas pela própria Administração no âmbito do Ministério da Saúde. Um desses instrumentos é a Portaria 2.048/2009, que aprova o Regulamento do Sistema Único de Saúde e que dispõe sobre várias políticas públicas de saúde em âmbito nacional. Tais políticas públicas (criadas tão somente pelo Poder Executivo, frise-se bem) determinam que todos os órgãos vinculados ao Sistema obedeçam o regramento da distribuição de serviços de saúde à população. À título de exemplificação, vale dizer que a Portaria 2.048/2009, regula a política nacional de atenção integral às pessoas com doença falciforme (art. 187); a política nacional de atenção cardiovascular

---

<sup>43</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 203-204.

<sup>44</sup> Salutar repisar um conceito do termo "ativismo judicial" visto linhas atrás: (...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante as práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 129.

em alta complexidade (art. 191); a política nacional de atenção oncológica (art. 199); a política nacional de atenção integral em reprodução humana assistida (art. 305); a política nacional de assistência farmacêutica para hipertensão arterial e diabetes mellitus (art. 268); a política nacional de saúde da pessoa idosa (art. 354); a política nacional de saúde da pessoa com deficiência (art. 387); a política nacional de atenção à saúde auditiva (art. 389); o programa de assistência aos portadores da doença de alzheimer (art. 440); a política nacional de saúde no sistema penitenciário (art. 465), a regulamentação do atendimento ao neonatal (art. 314), aos índios (art. 360); da assistência hospitalar em psiquiatria (art. 399); dentre outras.

Por tudo isso, fica difícil constatar a existência de ativismo judicial nas determinações do Judiciário relacionadas à saúde, já que existem inúmeras normas legais, constitucionais e administrativas que já criaram políticas públicas de saúde no âmbito do SUS. Então, é de se constatar que não há criação judicial de política pública! Por isso, é de se estranhar falar em decisão ativista no momento em que o Judiciário apenas determina que o Estado cumpra uma norma por ele mesmo expedida, sem haver nenhuma criação ou extrapolação dos limites determinados pela própria norma.

Portanto, muitas políticas públicas de saúde já foram criadas por portaria e outras normas. Por isso a decisão judicial que manda executar essas políticas ou aplicar meios para a execução dos objetivos perseguidos pelo SUS nada mais são do que a prática da mera subsunção. Ademais, é complicado defender que existe criação do direito quando o juiz apenas determina a aplicação da Constituição Federal, que proclama que a saúde é direito de todos (art. 196) e constitui um direito fundamental de aplicabilidade imediata (art. 6º e §1º do art. 5º). Dessa forma, torna-se complicado defender que há ativismo judicial nas decisões de entrega de medicamentos ou de realização de cirurgias, mesmo em caso de remédios não relacionados na lista do SUS, pois ainda assim, não se trata de ativismo, mas sim, utilização de meios necessários para atingir o resultado perseguido pela Constituição Federal e pelas demais normas já expedidas pelo próprio SUS.

Dessa forma, a prática de ativismo só poderia restar configurada nas hipóteses em que o Judiciário cria a política pública de forma desarrazoada ou invade excessivamente o âmbito de decisão de outros poderes, situações que só podem ser observadas em cada caso e diante da análise cuidadosa de cada magistrado, por meio de sua alta independência.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A doutrina e a jurisprudência brasileira têm uma leve inclinação para admitir a intervenção judicial nas principais opções dos outros poderes. Como visto, vários doutrinadores criticam a forma como essa intervenção judicial é praticada no Brasil, que os faz defenderem a exclusão do Judiciário em algumas questões. Todavia, não há como tomar uma posição absoluta nesse caso, pois em um país com inúmeros problemas sociais, políticos e econômicos não se pode deixar que a ideia de separação de poderes seja a mesma que imperou por décadas antes da Constituição de 1988. Hoje, a participação do Judiciário tem se mostrada importante para o avanço em diversas áreas sociais, ganhando respaldo popular no sentido de fazer valer os direitos e garantias da pessoa humana. Ademais, jamais se pode dizer que as atitudes tomadas pelos juízes representam puras "intervensões do Judiciário", até porque as decisões são resultados de ações judiciais impetradas pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, por associações, por órgãos de defesa de direitos humanos, pelo cidadão em caso de ação popular e ações individuais, e até mesmo por partidos políticos, o que traduz importante interlocução democrática nesse cenário.

Outrossim, sobressai verossímil que os argumentos contrários à efetivação do direito à saúde parecem representar uma tentativa indevida de limitar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, o que não se harmoniza com os valores perseguidos pela própria Constituição Federal. Impedir, por exemplo, que as pessoas ingressem em juízo, com base na quebra do princípio da isonomia, ceifará até mesmo o mínimo existencial, não sendo a melhor forma de resolver o problema, pois o que se deve fazer é encontrar a melhor maneira de harmonizar

os interesses em conflito, preservando a dignidade de todos e particularmente o direito de acesso à justiça e à saúde.

Além disso, as alegações de falta de recursos (reserva do possível) por parte dos gestores, especialmente na defesa do réu em processos judiciais, limitam-se a meros argumentos, desprovidos de prova e, portanto sem cientificidade, e quando mostram algo, não se demonstra, de forma inequívoca, que o dinheiro do orçamento está sendo legalmente aplicado. Ademais, ao que parece, a alegação da falta de dinheiro dá a impressão de que o Estado brasileiro está valendo-se de sua própria torpeza para esquivar-se das obrigações, além do que, ao sancionar um orçamento da saúde em números muito inferiores ao de vários países, a atitude mais se assemelha com uma ação inconstitucional do que com uma omissão.

Excluindo a participação do Judiciário pode-se incorrer em erros gravíssimos, pois se a situação já é precária, pode piorar ainda mais. E não é com o fim da judicialização da saúde que será encontrado o caminho correto. Muito pelo contrário, o Judiciário deve ficar mais solidificado nesse cenário, inclusive fazendo cumprir suas próprias decisões que são constantemente descumpridas.

Observe-se porém, não se pode admitir a intervenção judicial na totalidade dos casos. Esta pesquisa entende que cada caso deve ser analisado com cautela, pois em casos excepcionais a própria intervenção judicial pode ser desnecessária quando o pleito, por exemplo, puder ser atendido pelas vias administrativas com facilidade. Enfim, podem surgir hipóteses em que a ingerência judicial poderá até mesmo ser prejudicial, o que poderia evitar uma concessão dos efeitos da antecipação de tutela. Mas, repita-se, a prioridade é pela concessão do direito, sendo a negativa, a hipótese excepcional.

No que diz respeito à posição doutrinária, não se encontra entre os autores quem aponta uma solução razoável para o problema. A regra geral que tem prevalecido é que se deve proteger o mínimo existencial (que tem conceito indeterminado) e precisa-se analisar cada caso.



Restou verossímil também, que não existe, em regra, prática de ativismo judicial quando o juiz determina a efetivação do direito à saúde por parte do poder público, pois não há invasão na seara do Poder Executivo, que somente tem a obrigação de cumprir as determinações expedidas por ele próprio, por meio de normas do Ministério da Saúde.

## REFERÊNCIAS

ALAGOAS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. Agravo de instrumento nº 2011.000059-2. Relator: Pedro Augusto Mendonça. Maceió, 02 de fevereiro de 2011. Disponível em <<http://www.tjal.jus.br>> Acesso em: 18 fev. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Número 09. Março/abril/maio de 2007. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt\\_busca=Luis%20Roberto%20Barroso](http://www.direitodoestado.com.br/buscarevistas.asp?txt_busca=Luis%20Roberto%20Barroso)>. Acesso em: 20 abr 2012.

BUCOSKI, Carolina Graciano; SILVEIRA, Rafael Alexandre. Políticas públicas de reprodução assistida e seus desdobramentos jurídicos e bioéticos. Anuário da Produção de Iniciação Científica Discente. Valinhos (SP), v. XI, n. 12, 2008. Disponível em:

NETO, Othoniel Pinheiro. 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, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

<<http://sare.anhanguera.com/index.php/anuic/article/viewFile/479/464>>.

Acesso em: 12 mar. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: GRAU, Eros Roberto (Coord.). **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009

DAIN, Sulamis. O financiamento do SUS e o direito à saúde: das frustrações aos desafios. In: ASENI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. O Estado de S. Paulo (SP): A saúde é precária. Maio de 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=14254&catid=159&Itemid=75](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=14254&catid=159&Itemid=75)>. Acesso em: 01 jul. 2012.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** - os (des) caminhos de um Direito Constitucional "Comparado". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

LABOISSIÈRE, Paula. Saúde precisa de R\$ 45 bilhões a mais para chegar ao patamar de Chile e Argentina. **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2011-09-20/saude-precisa-de-r-45-bilhoes-mais-por-ano-para-chegar-ao-patamar-do-chile-e-da-argentina-diz-padilha>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

NETO, Othoniel Pinheiro. 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, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEUMAM, Camila; NOVAES, Marina. Brasil gasta com saúde pública metade do que investem países como Alemanha e Canadá. **R7**. Setembro de 2011. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/gasto-com-saude-publica-no-brasil-e-metade-do-usado-nos-paises-que-tem-esses-servicos-de-graca-20110921.html>>. Acesso em: 30 de nov. 2012.

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: In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação. **Direito e economia: textos escolhidos**. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.) São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NETO, Othoniel Pinheiro. 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, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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.