

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE NO CONTEXTO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

Gleison Heringer Vieira Domingues

Graduado pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.

Resumo – a pesquisa que ora vem a lume trata da judicialização da política pública de saúde. Nesse escopo, busca apresentar a possibilidade de um relacionamento eficaz e efetivo para as tutelas individual e social do direito constitucional à saúde. O estudo é projetado sobre a importância do papel da Jurisdição administrativa - identificada como instância última na salvaguarda da Constituição, suas normas, diretrizes e fins. Nesse mister, consagrados os direitos sociais como de aplicação imediata, e estando todas as funções estatais vinculadas à concreção de tais normas, é de rigor reconhecer o caráter imperativo das diretrizes constitucionais na definição e destinação do orçamento público. Nesse viés, a atuação do Poder Judiciário nas fases de criação e implementação de políticas públicas deve ser cautelosa, observando os limites constitucionais de forma a não comprometer o processo democrático.

Palavras-chave – Direito à saúde. Judicialização da saúde. Separação de Poderes.

Sumário – Introdução. 1. O papel dos Poderes na implementação da política pública de saúde. 2. A legitimidade do Poder Judiciário para a implementação da política pública de saúde e a separação de Poderes. 3. Consequências do deferimento de prestações de saúde pelo Poder Judiciário no cenário brasileiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa que ora vem a lume discute a atuação dos Poderes na efetivação da política pública de saúde. De maneira especial, observa até que ponto deve o Poder Judiciário atuar no sentido de concretizar o direito constitucional à saúde sem desconsiderar o mandamento de separação, independência e harmonia com que devem ser regidas as relações entre os Poderes da República, isto é, até que ponto deve o Poder Judiciário conceder prestações de saúde sem extrapolar sua função típica e observando o mecanismo de freios e contrapesos.

Considerando que a saúde é um direito fundamental e que cabe ao Estado e à sociedade prover meios para o seu alcance, a política pública de saúde deve nortear a atuação dos Poderes, sobretudo do Poder Executivo, na sua função típica de administrar para garantir acesso universal, igualitário, integral e resolutivo às ações e aos serviços de saúde.

No mesmo sentido, a Constituição da República assegura a todo cidadão o direito, também fundamental, de acesso à jurisdição. Dessa forma, o Poder Judiciário ao ser provocado deve prestar jurisdição e promover a pacificação social, resolvendo de forma definitiva a pretensão trazida à apreciação.



Não obstante, a própria Constituição Federal traz como fundamento da República, a separação, a independência e a harmonia entre os três Poderes, que devem atuar segundo “freios e contrapesos”. Portanto, os Poderes devem atuar de acordo com os ditames constitucionais, zelando pela manutenção do Estado democrático de direito e assegurando ao cidadão acesso aos meios necessários para a dignidade da pessoa humana, escopo maior do Estado.

Nesse desiderato, no capítulo inicial da obra, discute-se o papel dos Poderes na implementação da política pública de saúde para entender até que ponto a atuação do Poder Judiciário deve se concretizar na implementação da política pública de saúde considerando o modelo de jurisdição brasileira e discutindo a política de saúde como direito fundamental e sua implementação pelos Poderes da República, especialmente pelo Poder Judiciário.

Na sequência do trabalho, aborda-se a legitimidade do Poder Judiciário para a implementação da política pública de saúde analisando se a judicialização de prestações de saúde e sua consequente implementação pelo Poder Judiciário afronta a separação de Poderes, a independência e harmonia deles num contexto de separação de funções para implementação da política de saúde.

Por fim, analisa consequências do deferimento de prestações de saúde pelo Poder Judiciário no cenário brasileiro analisando se o princípio da inafastabilidade da jurisdição assegura ao Poder Judiciário legitimidade para consecução de política pública de acordo com seu escopo constitucional.

Imbuído dessa cognição, este artigo foi, então, idealizado para tratar da temática da judicialização da política pública de saúde no cenário brasileiro, haja vista o enorme acervo de demandas tramitando nas diversas varas do país pleiteando prestações relacionadas à saúde e o consequente impacto no orçamento público decorrente das sentenças proferidas.

Nesse mister, justifica o interesse pelo tema, também, estabelecer que a atuação dos Poderes deve obediência à separação, independência e harmonia que lhes são iminentes e precisa ser complementar. Assim, é imperativo delinear até que ponto deve o Poder Judiciário se imiscuir na seara administrativa deferindo pedidos individuais, haja vista afetar o orçamento público que se dirige a toda coletividade.

Para consecução de sua finalidade, metodologicamente, este trabalho faz uma abordagem necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador vale-se da bibliografia pertinente à temática em exame, qual seja: legislação, doutrina e jurisprudência.

Diante do exposto, é necessário que a atuação do Poder Judiciário se dirija a aperfeiçoar a política pública de saúde naquilo que se apresenta deficitária no caso concreto sem, contudo, alijar orçamento que se destinaria a número maior de pessoas.

1. O PAPEL DOS PODERES NA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Preambularmente, de acordo com Luís Roberto Barroso¹, o constitucionalismo pressupõe limitação do poder e supremacia da lei, não bastando a existência de uma ordem jurídica qualquer, mas que ela seja dotada de legitimidade. Constitucionalismo, portanto, deve ser entendido como o movimento jurídico-político de limitação do poder do Estado.

Ademais, nos moldes desenvolvidos pelo constitucionalismo, os Poderes não apresentam apenas funções típicas, mas também aquelas atípicas. Nesse viés, consideram-se típicas aquelas tradicionalmente desenvolvidas por determinado Poder, ao passo que seriam atípicas todas aquelas funções que um Poder exerce, que não lhe são peculiares, mas a ele é assegurada para que se garanta sua independência em relação aos demais.

A repartição constitucional de competências é a característica da Federação que representa uma forma de limitação do poder político, uma vez que o Estado somente poderá atuar até um certo limite, qual seja: a competência que a Constituição define.

No Brasil, existem competências exclusivas, privativas, comuns e concorrentes. Logo, o Estado não pode tudo. E, nesse sentido, a Constituição estabelece modos pelos quais eventual violação do limite poderá ser combatida para restabelecer essa limitação.

Erige-se como de salutar relevância o mecanismo de freios e contrapesos que significa o controle recíproco entre os Poderes do Estado: um Poder controla o outro, e é por este controlado. Em regra, esse controle se dá entre dois Poderes (Poder Legislativo controlando o Executivo e sendo por ele controlado; Poder Judiciário controlando o Executivo, e sofrendo controle por ele).

Logo, o mecanismo de freios e contrapesos representa uma limitação que ocorre dentro do próprio Estado, na medida em que um Poder controla o outro, podendo invalidar sua atuação ou provocar o Poder Judiciário para que invalide essa atuação via controle de constitucionalidade.

Nesse diapasão, Bernardo Gonçalves² assevera que “no caso do Poder Legislativo, são típicas a função de legislar e a função de fiscalizar”. Na sequência, o autor³ ensina que a função típica do Poder Executivo é a função administrativa, “é a função de execução de políticas

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 27.

² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 1017.

³ *Ibid.*, p. 1181.

públicas, fomento, gerenciamento e desenvolvimento da máquina administrativa”. Na mesma esteira, defende⁴ que:

No que tange ao Poder Judiciário, também, temos o exercício de funções típicas e atípicas. Sem dúvida, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos resolvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social.

Nessa esteira, também é de fundamental importância delinear que o Brasil adota o modelo de jurisdição unitária, isto é, cabe tão somente ao Poder Judiciário a prestação jurisdicional de forma a garantir definitividade de suas decisões, sendo todas as outras passíveis de reforma pelo Poder Judiciário. Trata-se do modelo de jurisdição anglo-saxã, que reservou ao Poder Judiciário exclusivamente o exercício da jurisdição, propriamente dita.

Quanto aos modelos de jurisdição administrativa, sobressaem o modelo de jurisdição unitária (anglo-americano) e o modelo de jurisdição dualista (francês). Na jurisdição unitária, o Poder Judiciário guarda competência para a solução de litígios de toda natureza, inclusive aqueles em que há interesse direto da administração pública. É o modelo adotado pelo Brasil, por comando expresso do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁵, ao dispor que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Nesse viés, o gestor de saúde, especificamente o Poder Executivo, em todos os seus níveis de atuação e gerenciamento, deve almejar uma política pública de saúde que alcance o mandamento constitucional de acesso universal, igualitário, integral e resolutivo. Deve prover o orçamento público de condições para efetivação da saúde e demais direitos fundamentais.

Todavia, caso a política pública de saúde não satisfaça a demanda da sociedade, todo cidadão deve ser acolhido pelo Poder Judiciário e ter a sua pretensão deduzida em juízo de maneira a implementar democraticamente sua garantia constitucional sem prejuízo da coletividade. Não deve haver protagonismo entre os Poderes, mas sim prevalência dos direitos fundamentais, sobretudo, no caso em comento, do direito à saúde e à vida.

O Sistema Único de Saúde (SUS), estampado na Constituição da República de 1988, bem como na Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) e demais instrumentos normativos federais, estaduais e municipais, visa à universalização do acesso com abordagem holística, integral, hierarquizada e regionalizada com adstrição de clientela em território-processo.

Não se pode desconsiderar que a Constituição cidadã conferiu à saúde o *status* de direito de todos e dever do Estado, atribuindo-lhe os princípios da universalidade, equidade e

⁴ Ibid., p. 1241

⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

integralidade. A saúde passou, então, a ser responsabilidade do poder público, cuja efetivação se consubstancia por meio de uma prestação positiva. Logo, a materialização desse direito fundamental depende da implementação de políticas públicas e de serviços eficazes pela Administração Pública.

É necessário considerar que a Constituição da República de 1988 vincula os direitos fundamentais por meio da força normativa de seus princípios. Assim sendo, ao estabelecer, no artigo 196, que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, a Carta Política reconhece o direito à saúde como um direito social, impondo aos poderes públicos sua implementação por meio de políticas públicas⁶.

Conforme ensina Fernandes⁷ “o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida”. Nesse sentido, acrescenta o autor que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o conceito de saúde a concebe como “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades”.

Impende, ainda, anotar que com o advento da Constituição Cidadã, a universalização da saúde dependia de um amplo e rígido processo legislativo que lhe assegurasse plena implementação e efetivação. Assim sendo, ao regulamentar as disposições constitucionais que tratam do assunto, a Lei nº 8.080/90, assegurou em seu artigo 2º que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Ademais, para tutelar e materializar esse direito fundamental, o artigo 4º⁸ instituiu o SUS, consistente no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

Destarte, com fulcro no princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e, conseqüentemente, da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB), este Poder tem sido provocado cada vez mais a atuar compelindo o Estado a adimplir suas obrigações constitucionais e infraconstitucionais.

É interessante registrar que a judicialização da política ocorre quando o Poder Judiciário, tendo como base a própria Constituição, é provocado a manifestar-se sobre um determinado conflito que envolve decisões de um poder político, dirimindo o litígio de forma

⁶ Ibid.

⁷ FERNANDES, op. cit., p. 762.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

definitiva. Ao se permitir essa ingerência sobre outros Poderes, sobretudo no Executivo, há notório protagonismo do Poder Judiciário frente aos demais. Assim sendo, por judicialização da saúde, compreende-se a análise e decisão, em sede judicial, de questões que envolvam variadas prestações de saúde.

Diante disso, tendo em vista que o Poder Judiciário atua sob a perspectiva da justiça comutativa ou da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde.

Nesse mister, desde 1999, o Supremo Tribunal Federal assumiu um posicionamento favorável ao deferimento de pretensões em saúde. Sobremodo, com fundamento no artigo 23, II, da CRFB, afirmou a responsabilidade solidária dos entes da Federação no que tange ao direito fundamental à saúde⁹.

Consoante, o princípio da inafastabilidade da jurisdição merece ser integralmente assimilado como garantia constitucional de justiça, assumindo a dicção do artigo 5º, XXXV, do texto constitucional, alcançando desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos fundamentais do Estado, funcionando, em última instância, como veículo de resgate da própria democracia ao outorgar a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso.

Consente-se, nessa perspectiva, que havendo direito subjetivo amparado e alegação de lesão a este direito, a jurisdição tem o encargo constitucional de desempenhar sua função típica, possibilitando a discussão democrática sobre a ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Estado.

Considerando, aliás, que o centro de decisões politicamente relevantes no Estado Democrático contemporâneo sofre sensível deslocamento do Executivo e Legislativo em direção ao Poder Judiciário, o processo que se instaura mediante a propositura de ações desta natureza social e dimensão constitucional acaba despontando como um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania.

Diante do exposto, é possível inferir que a implementação efetiva da política pública de saúde deve ser pauta primordial do Poder Executivo, pois se apresenta como função típica dele a administração pública nos seus aspectos objetivo e subjetivo. Assim, cabe ao gestor precipuamente a oferta de serviços de saúde e a implementação da política pública respectiva.

⁹ FERNANDES, op. cit., p. 764.

2. A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O princípio da separação dos Poderes tem origem no pensamento aristotélico do século XVIII como meio de enfraquecer o absolutismo que permeou a ideia de Estado moderno no século XVII. Não obstante, é em Montesquieu que a separação dos Poderes ganha destaque, notadamente no que diz respeito à divisão orgânica do poder político e do estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos garantidor da independência e do controle entre os Poderes¹⁰.

Hans Kelsen ensina que como ideia de governo do povo, a democracia encontra-se baseada na participação dos governados no governo, indicando seu exercício e direção política, ideia desejada no ocidente porque um governo do povo, em tese, volta-se para o interesse do povo¹¹.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 à saúde foi conferido o *status* de direito de cidadania, dever do Estado e responsabilidade de todos numa perspectiva universal, integral e equânime. Trata-se, dessa forma, de direito integrante da estrutura constitucional da seguridade social.

Conforme ensina Aragão¹², o conceito de serviço público não é unívoco. Em uma concepção restrita englobaria os serviços de cunho prestacional oferecidos a indivíduos identificáveis e de forma quantificável; em uma concepção restritíssima abrangeria apenas os serviços públicos econômicos reservados ao Estado, cujo exercício não constitui direito próprio da iniciativa privada; numa concepção ampla seriam as atividades desempenhadas pela administração pública ou delegatário com cunho prestacional; e, em uma concepção amplíssima, o serviço público seria sinônimo de atividades conduzidas pela administração pública, preponderando o critério orgânico ou subjetivo.

Contemporaneamente, o Estado como regime político assumiu a forma de Estado democrático social, e como organização, a de Estado gerencial. Nesse sentido, governar é elaborar os compromissos para atingir a maioria, definir as leis e políticas públicas, tomar decisões estratégicas voltadas ao interesse coletivo e nacional, aperfeiçoar e garantir o Estado como regime político.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed., rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 292.

¹¹ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140.

¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 144.

Destarte, governar é também administrar a organização do Estado, escolher seus principais responsáveis, detalhar e colocar em prática as leis e as políticas, aperfeiçoar constantemente o aparato estatal de forma a operar os serviços públicos com qualidade e eficiência.

A atividade administrativa é, pois, a gestão de recursos públicos para atendimento aos interesses também públicos. É oportuno registrar que o desempenho da administração pública, em seu sentido material, é atribuição típica do Poder Executivo, mas todos os demais Poderes, e inclusive os entes independentes de controle – Ministério Público e Tribunais de Contas –, possuem atribuição de parcelas de poder administrativo para desempenhar suas funções.

A teoria é reconhecida mundialmente e adotada desde a Revolução Francesa por países democráticos. No Brasil, a separação dos Poderes encontra-se expressa no art. 2º da Constituição da República que estabeleceu como Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva¹³, o governo é um conjunto de órgãos capaz de formular, expressar e realizar a vontade do Estado, através do exercício do poder político, sendo este uno, indivisível e indelegável, mas distribuído em funções para que seja corretamente exercido.

André Ramos Tavares¹⁴ leciona que embora se fale em separação dos Poderes, o que de fato ocorre é a distribuição das funções estatais entre seus diferentes órgãos; a expressão “poderes” deve ser entendida figurativamente, fruto do constitucionalismo na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, de 1789.

Nessa toada, cada Poder será independente quando puder se organizar e desempenhar suas funções típicas sem que haja qualquer submissão dos demais e, por sua vez, os Poderes serão harmônicos se entre si mantiverem relação de cortesia e de respeito quanto às suas respectivas prerrogativas.

A separação dos Poderes busca evitar que o poder político seja exercido de forma arbitrária por uma única pessoa, dividindo-o entre órgãos e funções que deverão exercê-lo em colaboração e respeito, mantendo entre si equilíbrio e harmonia.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.

¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 2243.



Os membros do Poder Judiciário não são atores eleitos, mas desempenham um poder político. O fundamento normativo decorre da Constituição brasileira, que atribui tal competência ao Judiciário.

Os Estados democráticos reservam uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos não recrutados por eleição, cuja atuação é de natureza técnica e imparcial. Isso é legítimo e, no caso brasileiro, fruto do Poder Constituinte, representante por excelência do Povo.

É possível concluir que a judicialização deriva de opção do Constituinte ao passo que o ativismo judicial demonstra uma atitude do operador do Direito, um modo expansivo de hermenêutica para leitura da Constituição, que potencializa o alcance de suas normas. Trata-se de um instrumento para contornar o processo político majoritário quando ele tenha apresentado algum desvio do processo democrático.

Nesse viés, os riscos da judicialização e do ativismo judicial decorrem da legitimidade democrática, da politização da justiça e da falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Com relação à legitimidade democrática, os riscos gravitam em razão de os membros do Poder Judiciário não se submeterem ao crivo popular, mas atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. É preciso considerar que os riscos da politização da justiça não podem ser descartados, mas também deve se registrar que a Constituição é o instrumento que transforma Política em Direito.

No tocante à capacidade institucional, o Judiciário não ostenta especialização para demandas diversas que lhe são submetidas. Assim, deverá observar se um outro Poder, órgão ou entidade não teria melhor qualificação para decidir. O Judiciário não pode se comportar como um balcão de pedidos acerca de políticas públicas.

Portanto, o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária se dará a favor da democracia.

Nas demais situações, o Judiciário deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador observando o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador.

Por derradeiro, as decisões do Judiciário deverão observar as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito, quais sejam: racionalidade, motivação, correção e justiça. O protagonismo do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que assola a democracia brasileira consubstanciada na crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo.

3. CONSEQUÊNCIAS DO DEFERIMENTO DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A judicialização da política deriva de um processo político, isto é, as próprias demandas políticas promovem sua presença nas democracias constitucionais estampando um embate entre democracia e Estado de Direito, ou seja, entre o poder político decorrente da vontade e o direito, que é norteado pela razão. Nesse viés, judicializar uma política pública, qualquer que seja ela, importa resolver um imbróglio tipicamente político pela via judicial.

Ocorre que a judicialização da política pode configurar uma ameaça à democracia, uma vez que especializa o debate tornando-o inacessível ao cidadão. Esse movimento cresce a cada momento desde a passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Constitucional.

Luís Roberto Barroso¹⁵ esclarece que o direito é produto do processo constituinte ou legislativo, isto é, produto da vontade. Dessa forma, em um Estado de direito, a Constituição e as leis legitimam e limitam o poder político. Acrescenta que a separação entre direito e política é essencial no Estado constitucional democrático.

Nesse cenário, a atuação dos três Poderes constitucionais deve ser complementar e suplementar para a consecução do Sistema Único de Saúde com efetividade e eficácia, nos termos da Constituição e do ordenamento jurídico. Assim como o Poder Judiciário não deve ser o protagonista na implementação de políticas públicas, não deve, também, ser inviabilizada sua atuação ante a provocação da sociedade.

Ao tomar conhecimento e ser chamado a decidir sobre determinada prestação de saúde, o Judiciário deve garantir o direito constitucional em comento, mas tomando todas as precauções cabíveis para não alijar parte da sociedade em detrimento de uma demanda individualizada.

Assim sendo, a atuação do Poder Judiciário nas fases de criação e implementação de políticas públicas deve ser cautelosa, observando os limites constitucionais de forma a não comprometer o processo democrático.

Não obstante, o Poder Executivo precisará dialogar com o Poder Legislativo para que este também pautar a política pública de saúde e forneça a segurança jurídica de que o administrador necessitará. É fundamental ter sensibilidade na aprovação dos orçamentos públicos considerando a relevância da pasta para a sociedade e seu elevado custo.

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 418.

Ademais, cabe ao Poder Judiciário garantir ao cidadão o acesso à jurisdição e, na falta da efetiva oferta da política pública de saúde, analisar, no caso concreto, o interesse particular sem ignorar o impacto que a decisão judicial trará para a coletividade.

Nesse diapasão, órgãos judiciais não exercem vontade própria, mas concretizam a vontade política majoritária manifestada pelo constituinte ou pelo legislador. Dessa forma, o Poder Judiciário é independente da política e se limita a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios aceitos pela comunidade jurídica.

Luís Roberto Barroso¹⁶ ensina, também, que a doutrina da efetividade pugna no sentido de aplicar diretamente as normas constitucionais aos casos concretos já que os dispositivos constitucionais seriam dotados de normatividade e a Constituição não deveria ser entendida como simples documento sem coerção.

Dessa feita, a judicialização exacerbada implica consequências negativas, entre elas o esvaziamento das maiorias pelo engessamento da legislação ordinária e o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais.

Apesar de sua grande importância, é necessário que os canais político-majoritários reservados à deliberação democrática sejam a via natural de concretização de escolhas políticas. Portanto, o Poder Judiciário não pode substituir-se às instâncias majoritárias de formação da vontade política.

Deve haver uma conjugação entre a premissa majoritária e a democracia constitucional, que seja capaz de harmonizar os valores procedimentais com os substantivos.

As decisões dos magistrados que determinam a prestação de uma atividade assistencial pelo Estado precisam considerar o custo de oportunidade inerente a essa decisão, haja vista que o Estado não produz recursos de forma ilimitada e o aumento do gasto previsto com a judicialização resultará na supressão de outras políticas públicas.

É mister registrar que a judicialização da saúde é uma ferramenta importante para que pacientes reivindiquem tratamentos legítimos não padronizados no sistema de saúde, suprindo eventuais negligências do Estado.

Não obstante, o fenômeno da judicialização da saúde ampliou-se e sua disseminação pode ser justificada pela incapacidade do sistema de saúde de absorver todos os serviços, tecnologias e tratamentos disponíveis no mercado.

É preciso buscar alternativas para alcançar o direito à assistência em saúde a todos os cidadãos, disponibilizando o acesso a produtos e serviços com segurança e eficácia

¹⁶ Ibid.



comprovadas por evidências científicas, com relação custo-efetividade possível dentro do orçamento destinado ao SUS.

Logo, é possível garantir que a ferramenta da judicialização da saúde permaneça viável para a garantia dos direitos em casos necessários e não contemplados pelo sistema de saúde sem que o excesso de processos prejudique o planejamento orçamentário da área e, por consequência, o acesso universal aos bens e serviços do sistema de saúde.

Dessa maneira é possível afirmar que a legitimidade exercida pelo Poder Judiciário está expressa na própria Constituição Federal. Ademais, a própria Constituição consagra que a vontade majoritária e o ativismo judicial seriam então um instrumento que promove a democracia.

No Brasil há uma enorme dificuldade de concretização dos direitos fundamentais sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo cabendo, com isso, a intervenção do Poder Judiciário para garantir pelo menos o mínimo existencial, ou seja, aquilo que está estampado na Constituição Federal de 1988.

Diante do exposto, é imperioso trazer o Judiciário à participação direta das decisões administrativas, bem como das elaborações legislativas, num diálogo institucional que permita a releitura do princípio da repartição dos poderes.

Não se trata de propor uma reforma constitucional, mas de implementar uma nova lógica de pensar e agir, a fim de alcançar a finalidade principal que é o interesse público. Propõe-se o diálogo para que tanto o Legislador e o Administrador quanto o Juiz compreendam a extensão e os limites de políticas públicas de saúde e o quanto representa o orçamento da saúde.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluiu-se que a atuação dos três Poderes constitucionais deve ser complementar e suplementar para a consecução do SUS com efetividade e eficácia, nos termos da Constituição e do ordenamento jurídico. Assim como o Poder Judiciário não deve ser o protagonista na implementação de políticas públicas, não deve, também, ser inviabilizada sua atuação ante a provocação da sociedade.

Ao tomar conhecimento e ser chamado a decidir sobre determinada prestação de saúde, o Judiciário deve garantir o direito constitucional em análise, mas tomando todas as precauções cabíveis para não alijar parte da sociedade em detrimento de uma demanda individualizada.



Nesse viés, o Gestor de saúde, em todos os seus níveis de atuação e gerenciamento, deve almejar uma política pública de saúde que alcance o mandamento constitucional de acesso universal, igualitário, integral e resolutivo. Deve prover o orçamento público de condições para efetivação do SUS e demais direitos fundamentais.

Não obstante, por tudo o que foi abordado, caso a política pública de saúde não satisfaça a demanda da sociedade, todo cidadão deve ser acolhido pelo Poder Judiciário e ter a sua pretensão deduzida em juízo de maneira a implementar democraticamente sua garantia constitucional sem prejuízo da coletividade. Não deve haver protagonismo entre os Poderes, mas sim prevalência dos direitos fundamentais, sobretudo, no caso em comento, do direito à saúde e à vida.

Portanto, a saúde é um direito fundamental insculpido nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, cabendo ao Estado e à sociedade prover meios para o seu alcance. Dessa forma, a política pública de saúde deve nortear a atuação dos Poderes, sobretudo do Poder Executivo, na sua função típica de administrar para garantir acesso universal, igualitário, integral e resolutivo às ações e aos serviços de saúde.

No mesmo sentido, a Constituição da República assegura a todo cidadão o direito, também fundamental, de acesso à jurisdição, nos termos do artigo 5º, XXXV. Dessa forma, o Poder Judiciário ao ser provocado deve prestar jurisdição e promover a pacificação social, resolvendo de forma definitiva a pretensão trazida à apreciação.

Não obstante, a própria Constituição Federal determina que os Poderes devem atuar de acordo com os ditames constitucionais, zelando pela manutenção do Estado democrático de direito e assegurando ao cidadão acesso aos meios necessários para a dignidade da pessoa humana, escopo maior do Estado.

Portanto, é necessário que a atuação do Poder Judiciário se dirija a aperfeiçoar a política pública de saúde naquilo que apresenta déficit sem, contudo, alijar orçamento que se destinaria a número maior de pessoas.

Por todo o exposto, o trabalho apresentado objetivou demonstrar que a divisão do Poder na República tem o condão de aperfeiçoar a democracia e não pode, por isso mesmo, ser um entrave à implementação de política pública deferida pelo Poder Constituinte no surgimento do Estado brasileiro. A saúde é direito fundamental e como tal tem aplicabilidade direta e imediata, cabendo ao cidadão, na hipótese de inobservância do seu direito à saúde pelo Estado, provocar o Poder Judiciário para a garantia de sua cidadania e da dignidade da pessoa humana.

É preciso considerar que o Poder Judiciário, embora não seja eleito como os demais Poderes periodicamente, foi concebido na Constituição Federal e, em virtude disso, tem

legitimidade democrática, haja vista ser o Texto Maior fruto do Poder Constituinte, representante por essência do poder popular.

Em última análise, todo o poder emana do povo, que o exerce direta ou indiretamente, nos termos da Constituição Federal, isto é, o próprio Texto ratifica o que a doutrina ensina. Isso permite concluir que não há falar em ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que deriva da soberania popular.

O Poder Executivo é o responsável precípua pela implementação e pela execução da política pública de saúde, tem especialização na matéria e grande privilégio na pauta de deliberações, logo deve ser estimulado a concretizar o mandamento constitucional. O administrador deve ser compelido a empenhar esforços para a consecução do Estado nos moldes previstos pelo Povo, direta ou indiretamente por seus representantes.

Por derradeiro, cabe ao Estado democrático de direito assegurar a todos os indivíduos os direitos insculpidos na Constituição Federal, especialmente, no caso em tela, o direito à saúde, independentemente de quem seja o ator promotor da política, o ordinário ou o extraordinário, ou seja, o Poder Executivo ou o Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, G. *Direitos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

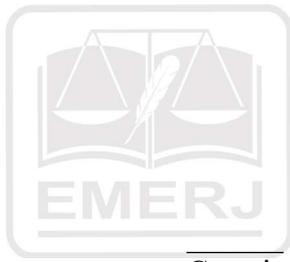
ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação na função pública*. Belo Horizonte. Fórum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>> . Acesso em: 07 set. 2021.

_____. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista Direito do Estado*, Salvador, ano 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009.



O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 10. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2021.

_____. *Lei nº 8.080*, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 20 jan. 2022.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*: 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920> Acesso em: 25 ago. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

PERLINGEIRO, R. et al. *Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.