



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO
ENFRAQUECIMENTO DOS DEMAIS PODERES EM RELAÇÃO AO DIREITO À
SAÚDE

Ana Clara Pascoto da Silveira

Rio de Janeiro
2020

ANA CLARA PASCOTO DA SILVEIRA

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO
ENFRAQUECIMENTO DOS DEMAIS PODERES EM RELAÇÃO AO DIREITO À
SAÚDE

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DO ENFRAQUECIMENTO DOS DEMAIS PODERES EM RELAÇÃO AO DIREITO À SAÚDE

Ana Clara Pascoto da Silveira

Graduada pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - IBMEC. Pós-graduada em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Rio de Janeiro

Resumo – o advento da Constituição da República de 1988 incorporou no Brasil o chamado neoconstitucionalismo também chamado de constitucionalismo contemporâneo. Nesse, buscase a plena efetivação dos direitos fundamentais que estão previstos na Carta Magna, dentre os quais o direito à saúde. A concretização do direito à saúde depende de instâncias políticas, precipuamente do Poder Executivo, para instituírem políticas públicas, porém essas vêm sendo cada vez mais negligenciadas. Nesse diapasão, o Poder Judiciário assumiu uma posição proativa em busca da efetividade dos direitos fundamentais e passou a atuar quando os demais Poderes são omissos, a lutar pelo direito das minorias e, até mesmo, invalidar os atos dos demais poderes que estão de encontro ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Ativismo Judicial. Direito fundamental à saúde.

Sumário – Introdução. 1. A Separação de Poderes. 2. O Poder Contramajoritário e Representativo do Poder Judiciário. 3. Da necessidade de garantia do direito à saúde. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute o ativismo judicial no âmbito do direito à saúde como consequência do enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Executivo. Busca-se demonstrar que a negligência desses poderes, principalmente em relação ao direito à saúde, obriga ao Judiciário a atuar, de forma preventiva e até mesmo de ofício, com o fim de resguardar a proteção ao direito fundamental à saúde, ainda que de encontro ao princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes está expressamente previsto na Constituição Federal, bem como, as funções típicas de cada um dos poderes. Da mesma forma, traz o direito à saúde como direito fundamental e umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana. Em que pese o Poder Judiciário possua a função típica de julgar, sempre de forma

repressiva, as demandas da sociedade, muitas vezes invade as atribuições dos demais poderes, principalmente no que tange ao direito à saúde.

Essa situação, no entanto, traz uma série de polêmicas e favorece as seguintes reflexões: é legítima essa atuação ativista do Poder Judiciário para proteger o direito fundamental à saúde? Em caso positivo, é possível ter um controle sobre tal ativismo?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e ganha ainda mais força com o enfraquecimento e a atuação negligente dos demais poderes.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar os conceitos de “ativismo judicial” bem como “judicialização da saúde” e entender que esses fenômenos foram se aperfeiçoando a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e do neoconstitucionalismo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando as funções típicas de cada um dos Poderes bem como as motivações que ensejam o desequilíbrio entre eles.

O segundo capítulo discute a possibilidade do Poder Judiciário atuar de forma ativista e proativa a fim de garantir a proteção ao direito à saúde bem como os limites para tanto. Além disso, discute sua atuação como Poder Contramajoritário e Representativo.

Por fim, o terceiro capítulo demonstra a necessidade de proteção ao direito à saúde a qualquer custo. Enquanto os demais poderes não exercerem suas funções típicas e garantirem o resguardo ao direito à saúde, o Poder Judiciário encontra amparo social e moral para exercer o papel ativista. Para se chegar à tal conclusão, foi necessário refletir e contrabalancear o equilíbrio entre os Poderes e a proteção ao direito à saúde, de modo a prevalecer este em detrimento daquele, preservando o preceito da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa é desenvolvida pelo método dedutivo, uma vez que a pesquisadora parte da análise prática dos fatos para alcançar o conceito.

Para esse fim, a abordagem desta pesquisa jurídica será necessariamente explicativa e qualitativa, porquanto a pesquisadora pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e corroborada no direito comparado para sustentar a sua tese.

1. A SEPARAÇÃO DE PODERES CONTEMPORÂNEA E O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

O princípio da separação de poderes está previsto no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil¹ e determina que as funções de legislar, de administrar (executar) e de julgar serão concretizadas por órgãos independentes e limitadores entre si. Assim sendo, dividindo as funções do Estado em instâncias distintas, é possível manter um equilíbrio entre elas na medida em que uma controla e limita a outra, impedindo o abuso de poder por uma delas. Essa ideia surgiu com o constitucionalismo e com a implementação do Estado de Direito², dando fim ao modelo absolutista europeu.

O constitucionalismo é um movimento originado no século XVII, na Inglaterra, e no século XVIII, nos Estados Unidos da América e na França, com o objetivo primordial de limitar o poder – trazendo uma nova organização do Estado – bem como estabelecer direitos e garantias fundamentais. O constitucionalismo trouxe a chamada lógica moderna das constituições em que se buscou acabar com o poder absoluto – limitando o poder das monarquias – e estabeleceu direitos e garantias fundamentais, evidenciando a igualdade entre os sujeitos³. A Teoria da Separação dos Poderes ganhou maior destaque primeiramente com o constitucionalismo norte-americano e francês, no século XVIII, fruto das revoluções burguesas – Iluminismo, Cientificismo, Racionalismo e Revolução Francesa⁴.

O constitucionalismo norte-americano e francês trouxe a Teoria da Separação dos Poderes como uma de suas principais características – teoria essa engendrada por Montesquieu –, estipulando que cada um dos Poderes iria limitar o outro para que não houvesse abusos.

A separação dos Poderes é uma das formas pelas quais se identifica um Estado como democrático de Direito. Assim sendo, o Estado Democrático de Direito é aquele dividido em

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2020.

²SCARIOT, Nádia Awad. *Estado democrático de direito: o nascimento do constitucionalismo moderno e a questão ambiental*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/estado-democratico-de-direito-o-nascimento-do-constitucionalismo-moderno-e-a-questao-ambiental/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

³MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo moderno – Ideologia, constituição e cinema: dominação e encobrimento no final da modernidade*. Disponível: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15670/o-constitucionalismo-moderno-ideologia-constituicao-e-cinema-dominacao-e-encobrimento-no-final-da-modernidade>>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁴Ibid.

três funções do Estado⁵: a executiva (ou administrativa), a legiferante e a julgadora. Cada uma dessas funções foi atribuída a um Poder diferente, independente e autônomo, quais sejam, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Em regra, tais Poderes exercem suas respectivas funções sem invadir a atribuição os outros, o que gera um equilíbrio entre eles e conseqüentemente a estabilidade que necessita o Estado de Direito⁶.

É cediço que o Poder Legislativo exerce a função típica de fiscalizar e legislar, ou seja, exerce a atividade de produção do Direito que é a elaboração das normas jurídicas que regem a vida em sociedade. Indubitavelmente, essas leis devem encontrar o seu fundamento de validade na Constituição sob pena de serem declaradas inconstitucionais.

Por outro lado, a função exercida pelo Poder Legislativo de forma atípica é a função administrativa quando administra a sua própria Casa; o artigo 51, inciso IV e o artigo 52 XIII, todos da CRFB/88⁷, falam que cabe ao Legislativo organizar a sua polícia, os serviços auxiliares do legislativo e legislar sobre a remuneração dos parlamentares. Além disso, atipicamente exercem a função julgadora quando o Senado julga o Presidente da República por crime de responsabilidade⁸.

O Poder Judiciário exerce tipicamente a função jurisdicional, visando encontrar a solução de litígios ou conflitos buscando a pacificação coletiva, por meio de uma ação judicial com contraditório e ampla defesa garantidos, alcançando a coisa julgada. Atipicamente exerce a função de legislar o seu regimento interno, atribuição essa prevista no artigo 96 da CRFB/88⁹. Ademais, exerce também função administrativa, visto que é o Judiciário quem administra seus tribunais e secretarias¹⁰.

Por fim, o Poder Executivo exerce função típica de administrar os entes federativos em tudo aquilo que não é definido como competência exclusiva dos outros poderes. Na sua atribuição de governo, por sua vez, é responsável por implementar ações e políticas públicas. De forma atípica, exerce função legislativa quando o Presidente da República edita Medidas Provisórias com força de lei, bem como, exerce função jurisdicional quando julga questões internas que estão amparadas por lei, como sindicâncias, processos e recursos administrativos¹¹.

⁵SANTOS, Adairson Alves. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

⁶Ibid.

⁷BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 1.139-1.140.

⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁰Ibid., p. 1.393-1.394.

¹¹Ibid., p. 1.315-1.316.

De certo, isso não se confunde com o *check in balance* do controle de constitucionalidade. Certamente, os poderes são independentes, mas trata-se de uma independência relativa, não absoluta.

Logo após, na segunda metade do Século XX – pós segunda guerra mundial – surge o Neoconstitucionalismo também chamado de Constitucionalismo Contemporâneo¹². Esse movimento tem por objetivo desenvolver um novo modelo de compreender, interpretar e aplicar o direito constitucional e as Constituições. Dentre as características do neoconstitucionalismo, destacam-se a Constituição como centro do ordenamento jurídico, com o movimento de constitucionalização do Direito, com a invasão da Constituição em todos os lugares ao mesmo tempo – se irradia para todos os sistemas jurídicos –, a ideia da interpretação conforme a Constituição, bem como da filtragem constitucional.

Igualmente surge a força normativa da Constituição, trazendo a ideia da máxima efetividade das normas constitucionais. De maneira idêntica, a busca pela concretização dos direitos fundamentais também tem como base a observância da dignidade da pessoa humana. E, ainda, a Judicialização da política e das relações sociais¹³.

A Judicialização da política e das relações sociais tem por finalidade obrigar ao cumprimento dos direitos fundamentais. O neoconstitucionalismo, além de prever tais direitos, buscava uma forma de concretizá-los. O objetivo final, portanto, era a concretização dos direitos fundamentais pautados sempre na dignidade da pessoa humana¹⁴. Todavia, isso se mostrava cada vez mais difícil tendo em vista que o Poder Executivo, responsável por executar as políticas públicas, se revelava omissos, inoperante e, por vezes, até corrupto. Da mesma forma, o Poder Legislativo mostrava-se omissos, negligente, corrupto e inefetivo, não agindo em conformidade os anseios do povo que o elegeu.

A partir dessa dificuldade, surgiu a ideia da Judicialização da Política e das Relações Sociais. Assim sendo, há um movimento natural de deslocamento do Poder do Legislativo e Executivo para o Judiciário, que passa a ser protagonista de atos que por lei não lhes competia, frente à necessidade de concretizar direitos fundamentais omitidos pelos demais poderes.

Por conseguinte, o Ativismo Judicial ganhou força e confiança da população que se viu cansada de se decepcionar com as omissões dos outros poderes. O ativismo judicial é um fenômeno jurídico em que o Poder Judiciário interfere até mesmo na implementação de

¹²GOMES, Luiz Flávio. *Constitucionalismo e neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921799/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 26 set. 2020.

¹³GUASTINI apud *ibid.*, p. 61-62.

¹⁴*Ibid.*

Políticas Públicas, afastando a reserva do possível, a limitação orçamentária e a discricionariedade do Poder Público.

É possível concluir que o neoconstitucionalismo e a sua busca pela concretização dos direitos fundamentais trouxe uma leitura diferente do Princípio da Separação dos Poderes, uma relativização de modo que o Judiciário se tornou o protagonista e o garantidor dos direitos fundamentais.

2. O PODER CONTRA-MAJORITÁRIO E REPRESENTATIVO DO PODER JUDICIÁRIO

A materialização do direito fundamental à saúde é dever do Estado, em todas as suas esferas. Como se viu no capítulo anterior, é papel do Poder Legislativo regulamentar esse direito; o Poder Executivo deve cumprir suas determinações legais e constitucionais; e o Poder Judiciário deve, quando provocado, sopesar os direitos que estão em confronto¹⁵.

Contudo, a partir da Constituição da República de 1988¹⁶, o Poder Judiciário passou a atuar de forma diferente daquela expressa, quando passou a interferir no Poder Executivo, diante das suas omissões em realizar políticas públicas, bem como quando passou a legisferar negativamente.

A ascensão do Poder Judiciário no Brasil decorre das várias garantias dadas pela Constituição da República de 1988 aos magistrados, bem como da retomada do regime democrático. Com efeito, juízes e tribunais não mais eram vistos apenas como órgãos técnicos, efetivando sua participação política em inúmeras questões econômicas e sociais, as quais deram ao Poder Judiciário o papel de última instância.

Diante do avanço expressivo do ativismo judicial, o Poder Judiciário assumiu o papel contra-majoritário, em que passou a agir como legislador negativo. Ademais, assumiu também o papel representativo dos anseios das minorias. Ambos os papéis são alvos de críticas¹⁷ no sentido de que o Judiciário estaria desequilibrando o sistema de *check and balance*, adotado na Constituição de 1988.

O ativismo contra-majoritário é aquele em que o magistrado atua como legislador negativo, ou seja, decide de encontro à legislação que foi editada pelos representantes do povo eleitos democraticamente. Diz-se que o magistrado está atuando em papel contra-majoritário

¹⁵OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juará, 2015, p. 73.

¹⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷DIAS, Giovana; SOARES, Guilherme Augusto de Vargas. *Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>>. Acesso em: 25 set. 2020.

quando há uma relutância por parte dele em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos. Isso porque a função legiferante é função típica do Poder Legislativo; seus integrantes são investidos de mandatos representativos – representam o povo - e legitimidade democrática – foram eleitos por meio do voto.

Ainda que isso pareça incongruente em certa medida, segundo Luís Roberto Barroso¹⁸:

[...] a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos [...].

A crítica é no sentido de que ao exercerem o seu poder de forma contra-majoritária, os membros do Judiciário usurpam a sua função típica constitucional na medida em que negam em demasia a legislação e decidem de acordo com a sua íntima convicção. Indubitavelmente, o jurista tem a prerrogativa de, ao julgar determinado caso concreto, preencher as lacunas deixadas pelas omissões legislativas.

A censura ocorre quando os mesmos atuam também como legisladores positivos, de modo que proferem sentenças manipulativas ou aditivas e sem motivação razoável. Ademais, questiona-se o poder dado aos magistrados que são eleitos por critérios técnicos e não são formados a partir da vontade popular, como ocorre com os membros do Poder Legislativo e do Executivo. Assim sendo, não poderiam aqueles invalidar os atos destes.

Por outro lado, os defensores¹⁹ dessa forma de atuação, entendem-na como forma de assegurar a legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Alegam, em primeiro plano, que estão na defesa e proteção dos direitos fundamentais: direitos inerentes à toda pessoa humana e que correspondem à uma defesa de todo e qualquer indivíduo contra as ingerências do Estado no que se refere à liberdade pessoal e ao direito de propriedade. Em segundo lugar, enfatizam que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, possui o papel de guardião da Constituição e, conseqüentemente, protegem a maioria opositora.

Reflete-se, portanto, na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de seus deveres positivos. Tanto o dever de legislar, voltado principalmente à tutela dos direitos fundamentais, quanto o dever de executar as políticas públicas e prestação de serviços

¹⁸BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da Vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 156.

¹⁹Ibid., p. 157.

públicos, o Poder Judiciário busca avançar dando maior prioridade ao mínimo existencial que os cidadãos direito sobre os interesses secundários do Estado, assegurando melhores condições de liberdade e igualdade social.

O papel contra-majoritário é exercido, usualmente, pelas cortes superiores e deve sempre observar a atuação mais razoável possível. Somente quando estiver sendo violado ou sob ameaça de violação de um dos direitos fundamentais é que o jurista poderá atuar como legislador negativo. Nos demais casos, deve o Judiciário se ater às leis produzidas pelo Congresso Nacional ou suas respectivas Casas Legislativas e atuar com deferência aos demais Poderes da República.

O papel representativo também é recorrentemente exercido pelo Poder Judiciário na defesa das minorias que não foram abarcadas pelo texto da Constituição de 1988. Até porque, ultrapassado é o entendimento no sentido de que a democracia se limita pelo voto universal. Hodiernamente, a democracia ganhou um *status* amplo: dependente de debate público e do respeito às minorias. E, principalmente, no que tange às minorias o Judiciário exerce o seu papel representativo²⁰. Ora, sabe-se que seria humanamente impossível o legislador prever todos os casos e englobar todas as classes de pessoas na legislação. Ademais, importante mencionar que a legislação não consegue acompanhar a velocidade da transformação social.

Diante disso, não se pode olvidar das pessoas que são minorias e que, de fato, não foram alcançadas pela legislação. Elas, como seres humanos, são sujeitos de direitos e merecedoras de toda proteção dos direitos fundamentais que carregam. Assim sendo, se pela democracia representativa – aquela que tem como elemento essencial o voto popular – não é possível alcançar todas as pessoas de uma sociedade, urge a necessidade da atuação dos membros do Judiciário.

Diversas são as razões pelas quais o Legislativo não consegue atuar e nem acompanhar a evolução da sociedade moderna. Seja pela crise dos parlamentos, seja pela dificuldade da representação política, fato é que existe uma crise de representatividade e um déficit democrático da representação política²¹:

[...] o Estado tem o dever de legislar de modo suficiente para proteger e promover a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, caso os poderes políticos não cumpram essa ação positiva na medida adequada, o Supremo sente-se autorizado a intervir ou até a tomar o lugar do Legislativo nessa tarefa e, por conta própria,

²⁰DIAS, Giovanna; MORBACH, Gilberto. *Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>>. Acesso em: 25 set. 2020.

²¹CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 328.

dimensionar a proteção objetiva desses direitos fundamentais como julgar suficiente e eficaz [...].

Dessa forma, o Judiciário, por meio da democracia deliberativa – aquela em que há discussão de ideias, demonstração de motivação, de razões, por meio de um debate público – assume um papel protetor das minorais e passa a representá-las por meio de suas decisões.

São variados os motivos pelos quais cabe ao Judiciário representar as minorias. Importante salientar acerca da formação técnica. Em regra, o membro do Poder Judiciário ingressa na magistratura por meio de concurso público, o que exige alto grau de qualificação. Ademais, aos membros devem sempre motivar suas decisões, o que impede, em tese, escolhas arbitrárias.

Importante é a busca por um equilíbrio a fim de se respeitar o artigo 2º da Constituição de 1988²² – princípio da separação dos poderes – bem como o equilíbrio entre o poder contra – majoritário e o poder representativo na busca da efetivação das políticas públicas, principalmente em relação à saúde.

3. DA NECESSIDADE DE GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental de segunda dimensão que se enquadra na espécie de direitos sociais, vide artigo 6º da Constituição da República²³. Esses, disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto²⁴. Além disso, são direitos que demandam uma atuação positiva do Estado para com os cidadãos, seja direta ou indiretamente. Assim, direitos sociais são normas positivadas na Constituição que tem por objetivo a melhoria de vida de toda a população, seja de qualquer classe social, por meio de políticas públicas.

O direito à saúde, como direito fundamental, está intrinsecamente ligado ao direito à vida e ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo esse o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico. Tendo em vista essa premissa, não pode o Estado abster-se no cumprimento de seu dever de prover o direito à saúde de forma eficiente pra todos os cidadãos, o que demanda a criação de políticas públicas para sua devida concretização. Tais projetos são de competência comum de todos os entes federativos no âmbito do Poder Executivo, conforme dispõe o artigo 23 da CRFB/88²⁵.

²²BRASIL, op. cit., nota 1.

²³Ibid.

²⁴SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 288.

²⁵BRASIL, op. cit., nota 1.

A saúde é, portanto, um direito de todos e dever do Estado, mediante um acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua recuperação, concretização e proteção. Ou seja, é um direito público subjetivo exigível do Estado²⁶.

A concretização do direito à saúde impende ao Estado de uma forma geral. O Poder Legislativo tem o dever de legislar sobre a saúde de forma oportuna. O Poder Judiciário, quando provocado, pode sopesar os bens jurídicos e valores que estão em jogo e, considerando o caráter pessoal e social do direito à saúde, envolver-se e decidir sobre caso concreto. Por fim, o Poder Executivo tem o dever de administrar as funções legais e constitucionais que lhe foram atribuídas²⁷.

Ocorre que, para além do neoconstitucionalismo que trouxe uma atuação mais ativa do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, o Poder Executivo mostra-se inerte na execução de suas atribuições, não garantindo o referido direito fundamental à toda população. Não só, observa-se que o Poder Legislativo não consegue legiferar de modo a acompanhar a evolução histórica e socioeconômica do país bem como não consegue criar leis que possam ser efetivamente concretizadas. E, ainda, diante dos vários problemas vivenciados pelo Executivo e Legislativo, com parte de seus membros possivelmente intrometidos em práticas de corrupção, quebra de decoro e improbidade, fazem com que esses Poderes percam força em escala ainda maior.

Indubitavelmente, a luta pelos direitos fundamentais e o acesso à Justiça se conduzem, de forma crescente, em direção ao Judiciário. Reivindicações que antes eram exclusivamente feitas aos poderes Legislativo e Executivos passaram a ser apresentadas, *prima facie*, ao Judiciário, na expectativa de que este solucione as omissões dos demais poderes.

Destaca-se, no campo da judicialização da política, a crescente responsabilidade do Judiciário, principalmente em relação ao direito à saúde, em decidir sobre políticas públicas. Estas que deveriam ser administradas e executadas pelo Executivo e criadas pelo Legislativo, ganharam novos rumos com a redemocratização do país pós Constituição da República 1988. O Judiciário passou, então, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, a atuar em prol daqueles que não têm o seu direito fundamental à saúde garantido pelo Estado.

Indaga-se se a atuação do Judiciário não fere, direta ou indiretamente, o princípio da separação dos poderes. Os Tribunais superiores já se pronunciaram no sentido da não violação

²⁶FERNANDES, op. cit., p. 352.

²⁷OLIVEIRA, op. cit., p. 21.

à separação dos poderes a atuação do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao direito à saúde.

A posição do STJ é no sentido²⁸ de que “seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes”.

É a posição também do STF, quando expressa²⁹ que “é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”.

Não obstante, muitos alegam que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas ataca a questão financeira do país, bem como a teoria da reserva do possível, sendo esta última um limitador ao Poder Judiciário sobre os recursos financeiros disponíveis. Dessa forma³⁰, “a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa são consideradas como limites à efetivação de direitos fundamentais sociais”.

Assim sendo³¹, “discute-se a questão da subjetividade atribuída aos juízes, devido à técnica de decisão jurídica da ponderação. Por isso, é analisada a racionalidade jurídica das decisões judiciais, inclusive sobre o aspecto do decisionismo judicial”. Ademais, verifica-se³² “se o juiz deve se preocupar com os efeitos das suas decisões. No contexto da promoção do direito à saúde, questiona-se se o magistrado deve considerar a posição do Estado, o orçamento e suas políticas públicas”. Outrossim, existem as consequências que a eventual interferência do Poder Judiciário exerce nos domínios econômicos do Brasil.

O decisionismo judicial se traduz na forma com a qual o magistrado deve decidir sobre o caso concreto, ou seja, se deve julgar com base em seus valores sócio-ideológicos ou de acordo com a estrita legalidade e o Direito. No que tange ao direito à saúde, o decisionismo judicial é bastante criticado tendo em vista que grande parte dos magistrados decidem de

²⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n° 1488639*. Relator: Ministro Herman Benjamin Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865114106/recurso-especial-resp-1488639-se-2014-0269119-0>>. Acesso em: 15 set. 2020.

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE n° 855178*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 15 set. 2020.

³⁰MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020.

³⁰OLIVEIRA, op. cit., p. 129.

³¹Ibid.

³²Ibid.

acordo com a sua moral, sobretudo no caso de fornecimento de medicamentos, inclusive fora da lista do SUS, bem como no caso dos tratamentos médicos.

Ainda existe a apreensão íntima do magistrado, se ele deve ou não se preocupar com as consequências da sua decisão. Em relação ao direito à saúde, discute-se se o magistrado deve valorar apenas as consequências do caso concreto para o indivíduo ou se também deve valorar os efeitos que a sua decisão vai gerar ao Estado³³:

[...] com efeito, as decisões judiciais não consideram a reserva do possível como limite a sua atuação na promoção do direito fundamental à saúde. Ela é considerada um interesse secundário do Estado, principalmente, quando se está em jogo a vida e a saúde humanas. Contudo, face aos apelos da doutrina, inclusive dos defensores da análise econômica do direito, há uma mudança. Alguns magistrados passam a considerar os aspectos financeiros em suas decisões, ainda que de maneira muito tímida [...].

Urge esclarecer que mormente quando se trata de direitos fundamentais prestacionais, aqueles que demandam uma postura ativa do Estado através de obrigação de fazer, verifica-se a discussão acerca do princípio da reserva do possível. Este princípio traz à tona o questionamento acerca da limitação financeira do Ente Público. Segundo Ana Paula de Barcellos³⁴:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta -, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo [...].

Tal indagação já foi alvo de decisão do Supremo Tribunal Federal³⁵, que decidiu que a insuficiência real de recursos financeiros “deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social”. Desta forma, percebe-se que o Ente estatal somente pode alegar a tese da reserva do possível se demonstrado sua real insuficiência para com àquele direito social.

³³Ibid.

³⁴BARCELLOS apud BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da criança e do adolescente: sinopses para concursos*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 116.

³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 632498*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181632967/agravo-em-recurso-especial-aresp-632498-mg-2014-0327-146-2/decisao-monocratica-181632987?ref=serp>>. Acesso em: 15 set. 2020.

Ademais, o STF ainda rechaçou a tese da reserva do possível³⁶ como impedimento para concretização dos direitos fundamentais, quando decidiu que tal tese não pode ser utilizada para frustrar o mínimo existencial que é garantido a todos os cidadãos. “[...] compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas para uma exigência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado”.

Nesse ínterim, por ser o direito à saúde direito fundamental que deve ser resguardado pelo Estado a qualquer custo, não há argumento capaz de justificar redução da essência desse direito, de modo que violaria frontalmente a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, a Constituição da República. Portanto, a aplicação do princípio da reserva do possível no âmbito da saúde deve ser de toda forma desconsiderada.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou a existência de um conflito entre o princípio da separação de poderes e o direito fundamental à saúde. Isso porque a saúde, como direito fundamental, é cláusula pétrea e precisa ser concretizada a qualquer custo sob pena de configurar um retrocesso social.

A divergência restringe-se entre a função típica do Poder Executivo em efetuar as políticas públicas, limitado pela reserva do possível, em contrapartida ao ativismo judicial exercido pelo Poder Judiciário que busca o mínimo existencial em nome do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

De um lado, defende-se que a efetivação de políticas públicas é uma atividade precípua do Poder Executivo e que esse deve se valer da reserva do possível, ou seja, daquilo que tem para dispender do orçamento para com a saúde. De outro lado, defende-se que o direito à saúde, como direito fundamental, não pode estar à disposição da reserva do possível. Em nome do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, o Poder Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição da República, passa então a adotar uma postura mais proativa buscando resguardar os direitos fundamentais.

No âmbito da judicialização da política, importância destacar o exponencial aumento da responsabilidade do Poder Judiciário no que tange às políticas públicas, principalmente

³⁶BARROS, op. cit., p. 119-20.

àquelas relacionadas ao direito à saúde. A Constituição da República de 1988 trouxe o neoconstitucionalismo buscando, cada vez mais, a concretização de todos os direitos fundamentais e o principal Poder responsável por resguardá-los é o Poder Judiciário.

Assim sendo, o Poder Judiciário assumiu um papel proativo para concretização do direito fundamental à saúde, exercendo-o, principalmente, por meio dos seus três papéis categóricos. Em primeiro lugar, o papel representativo do Poder Judiciário é exercido para suprir a ausência das instâncias políticas em demandas sociais, como no caso do direito à saúde. O papel Contramajoritário, por sua vez, é executado quando invalidam os atos dos demais Poderes. Por fim, o papel iluminista que é aquele que promove avanços sociais almejados pela minoria, porém que tratam de questões urgentemente civilizatórias. Todos esses papéis são exercidos pelo Judiciário para salvaguardar o direito à saúde e consequentemente o direito à vida.

Ficou evidente, por essas razões, que a proposta da autora consiste na tese de que não há de ser falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando o Poder competente para instituir políticas públicas na saúde não o faz. Cabe, sem nenhuma dúvida, ao Judiciário, principalmente ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, promover os direitos fundamentais e concretizá-los em busca da efetivação do preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Direito da Criança e do Adolescente*: sinopses para concursos. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. *Constitucionalismo Democrático*: a ideologia vitoriosa do século XX. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1488639*. Relator: Ministro Herman Benjamin Gonçalves. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/86511410/6/recurso-especial-resp-1488639-se-2014-0269119-0>>. Acesso em: 15 set. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DIAS, Giovanna; MORBACH, Gilberto. *Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo?* Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____.; SOARES, Guilherme Augusto de Vargas. *Freios, contrapesos e os limites da atividade jurisdicional*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-16/diario-classe-freios-contrapesos-limites-atividade-jurisdicional>>. Acesso em 25 set. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

GOMES, Luiz Flávio. *Constitucionalismo e neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121921799/constitucionalismo-e-neoconstitucionalismo>>. Acesso em: 26 set. 2020.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo moderno – Ideologia, constituição e cinema: dominação e encobrimento no final da modernidade*. Disponível: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15670/o-constitucionalismo-moderno-ideologia-constituicao-e-cinema-dominacao-e-encobrimento-no-final-da-modernidade>>. Acesso em: 26 set. 2020.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. *Direito Fundamental à saúde, ativismo judicial e os impactos no orçamento público*. Curitiba: Juará, 2015.

SANTOS, Adairson Alves. *O Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SCARIOT, Nádia Awad. *Estado democrático de direito: o nascimento do constitucionalismo moderno e a questão ambiental*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/estado-democratico-de-direito-o-nascimento-do-constitucionalismo-moderno-e-a-questao-ambiental/>>. Acesso em: 26 set. 2020.

SILVA, José Carlos Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.