

**INSTITUTO ENSINAR BRASIL  
FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**IZYS DE OLIVEIRA PINHEIRO CAMPOS**

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: ANÁLISE NAS  
CAUSAS E EFEITOS**

**CARANGOLA**

**2017**

**IZYS DE OLIVEIRA PINHEIRO CAMPOS**

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: ANÁLISE NAS  
CAUSAS E EFEITOS**

**Monografia apresentada à Faculdade  
Doctum de Carangola de Direito de  
Carangola/ MG – Rede de Ensino  
Doctum, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito.**

**Área de Concentração: Direito  
Constitucional**

**Orientadora Prof.<sup>a</sup>: Ester Soares de  
Sousa Sanches**

**CARANGOLA**

**2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

**CAMPOS**, Izys de Oliveira Pinheiro. *Judicialização das Políticas Públicas de Saúde: Análise nas causa e efeitos*

Local: Carangola. Minas Gerais – Brasil. 2017

Número de páginas: 30

Monografia apresentada à Faculdade Doctum de Direito de Carangola MG / Rede de Ensino Doctum, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito. Orientadora: Ester Soares de Sousa Sanches

Palavra Chave: Ativismo judicial; Políticas Públicas; Judicialização da Saúde; Audiências Públicas.

**FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA**

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

O Trabalho de conclusão de Curso intitulado: JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: ANÁLISE NAS CAUSAS E EFEITOS, elaborada pela aluna **IZYS DE OLIVEIRA PINHEIRO CAMPOS** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da Faculdade Doctum de Carangola-MG, como requisito parcial da obtenção do título de

**BACHAREL EM DIREITO.**

Carangola, MG, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

---

Prof. Orientador: Ester Soares de Sousa Sanches

---

Prof. Examinador 1

---

Prof. Examinador 2

Agradeço a Deus que me ensinou que nada é impossível, que perante qualquer dificuldade quem acredita em si mesmo e tem fé em Deus encontrará o caminho da superação.

Aos meus pais que nos momentos difíceis, sempre estiveram presentes, com palavras de carinho, apoio e incentivo.

A minha orientadora Prof.<sup>a</sup> Ester Soares de Sousa Sanches, pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos meus amigos de faculdade, que me ajudaram em muitos momentos e foram exemplos de esforço e dedicação durante todos o tempo que passamos juntos, eis que conciliaram com sucesso a vida acadêmica, profissional e familiar.

A todos os funcionários da Faculdade e aos professores minha eterna gratidão

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, muito obrigada.

## RESUMO

No presente trabalho, a partir de uma análise no contexto da saúde pública no Brasil, busca-se entender os motivos que têm levado o Poder Judiciário a uma intensa atuação na defesa dos direitos implicados na garantia de prestação de serviços de saúde por parte do Estado. É analisado aqui as questões polêmicas envolvendo a judicialização de políticas públicas na área da saúde, decorrentes de um exacerbado ativismo judicial, apontada pelos críticos como uma ameaça ao Estado Democrático de Direito. A pesquisa parte de um breve histórico da saúde pública no Brasil com a devida legislação aplicada; é seguida por uma análise do direito à saúde como direito fundamental e as políticas públicas envolvidas no assunto. Objetiva-se encontrar, no decorrer desta pesquisa, os pontos favoráveis e desfavoráveis dessa veemente atuação judicial, assim como eficientes instrumentos a serem utilizados na busca de decisões justas e legítimas, porque tomadas a partir de uma efetiva participação popular, quer seja no planejamento das políticas públicas, quanto na elaboração das normas e decisões judiciais afetas à saúde pública, a exemplo das audiências públicas.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial. Políticas Públicas. Judicialização da Saúde. Audiências Públicas.

## **ABSTRACT**

In the present work, based on an analysis in the context of public health in Brazil, it is sought to understand the reasons that have led the Judiciary to an intense action in defense of the rights implied in the guarantee of the provision of health services by the State . It is analyzed here the controversial issues involving the judicialization of public policies in the health area, resulting from an exacerbated judicial activism, which critics point to as a threat to the Democratic State of Law. The research starts from a brief history of public health in Brazil with due legislation applied; is followed by an analysis of the right to health as a fundamental right and the public policies involved in the subject. The objective of this research is to find the favorable and unfavorable points of this strong judicial activity, as well as efficient instruments to be used in the search for fair and legitimate decisions, because they are taken from an effective popular participation, public policies, and in the elaboration of norms and judicial decisions related to public health, such as public hearings.

**Keywords:** Judicial activism. Public policies. Judiciary. Public Hearings.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>BREVE HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL .....</b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b>DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>13</b>
<b>3.1</b>	<b>Direito à saúde como Direito Fundamental.....</b>	<b>14</b>
<b>4</b>	<b>JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....</b>	<b>16</b>
<b>4.1</b>	<b>Políticas Públicas.....</b>	<b>18</b>
<b>4.2</b>	<b>Ativismo Judicial.....</b>	<b>19</b>
<b>4.3</b>	<b>Pontos favoráveis e desfavoráveis.....</b>	<b>20</b>
<b>5</b>	<b>A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO POSSÍVEL LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS DA SAÚDE .....</b>	<b>24</b>
<b>5.1</b>	<b>Audiências Públicas.....</b>	<b>24</b>
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>27</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>29</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Poucos temas em Direito Constitucional têm sido tão debatidos atualmente, quanto a questão da judicialização de políticas públicas na área da saúde. Trata-se de um tema extremamente complexo por envolver aspectos políticos, jurídicos e sociais, com diversas consequências tanto para os litigantes, quanto para o Estado e toda a sociedade.

Para a realização desta pesquisa contar-se-á com a metodologia descritiva, fazendo uso de bibliografia que forneça suporte teórico-metodológico e subsídios que permitam o conhecimento das políticas públicas na área da saúde. Contar-se-á ainda com o uso da Constituição Federal Brasileira e leis infraconstitucionais relacionadas à saúde. Faz-se também relevante a contribuição de trabalhos científicos já realizados por outros estudiosos sobre essa temática e pesquisa jurisprudencial nos tribunais brasileiros.

De início, no presente trabalho será feita uma abordagem sobre a evolução histórica do direito à saúde no Brasil. A seguir, será apresentada a previsão constitucional deste direito fundamental inserido entre os direitos sociais no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, referencial teórico desta pesquisa.

Em uma perspectiva de socialidade, os direitos fundamentais concebidos enquanto liberdades civis clássicas e destinados à proteção do indivíduo frente ao Estado, embora não perdendo sua importância, carecem de ser reinterpretados à luz das novas concepções impostas pelo desenvolvimento da sociedade, tendo em vista a não sustentabilidade dos antigos limites impostos dentro do quadro de um Estado liberal.

Com o objetivo de analisar as causas, condições e efeitos da judicialização das políticas públicas, serão feitas algumas ponderações sobre estas, com esclarecimento sobre ativismo judicial e apresentação de pontos favoráveis e desfavoráveis do fenômeno da judicialização das políticas públicas envolvendo a saúde.

Será aqui apontada como principal causa desta judicialização da saúde, a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em suas respectivas funções de elaborar normas e promover ações, ou seja, políticas públicas que venham atender determinações constitucionais, contribuindo para a devida efetivação dos direitos fundamentais.

Devido seu princípio de universalidade, o direito à saúde não se trata apenas de um direito de segunda geração, mas de todas as gerações, tratando-se de um direito universal. Com o surgimento de novas doenças a exigirem diferentes tratamentos e a constante inovação dos medicamentos, aumentam-se as demandas da prestação na saúde pública.

Não contando o Estado com recursos necessários para atendimento a todas as demandas apresentadas, os interessados, frustrados com a negativa da prestação de serviços, acionam em demasia o Poder Judiciário na busca pela efetividade de seus direitos. Isto contribui para o ativismo exacerbado deste Poder, dando causa à judicialização das políticas públicas, defendida por alguns e criticada por outros.

Aqueles que são favoráveis à judicialização indicam que o problema está na deficiência de gestão e de financiamento do SUS e, de outro lado, os seus críticos apontam que o problema está no Judiciário por ignorar as políticas públicas e decidir sem critérios. Porém, críticas são feitas sem apontar alternativas eficazes e viáveis para resolução do problema.

Esse ativismo judicial esbarra com o equívoco de gerar a invasão de competências na esfera de decisão de outro Poder, principal efeito da judicialização, retirando-a do administrador público ou do legislador, legítimos criadores de políticas públicas. Disto decorre a preocupação com a ameaça ao Estado Democrático de Direito e a legitimidade das decisões envolvendo a saúde pública.

Constata-se, portanto, que o dilema que se descortina neste limiar do novo século é encontrar a justa medida, para que o juiz não seja inerte, porém, não substitua a atividade das partes e extrapole suas funções constitucionais, ameaçando a democracia brasileira.

Como possível solução para tal celeuma, vislumbra-se a possibilidade da participação popular nas decisões que envolvam o direito à saúde. O reconhecimento da importância de participação da sociedade civil nas decisões afetas ao direito à saúde, envolvendo temas técnicos e complexos que exigem conhecimento específico e estranho ao Direito, tem levado o Supremo Tribunal Federal à convocação de audiências públicas com o objetivo de contar com auxílio técnico e também com o fito de legitimar suas decisões.

## 2 BREVE HISTÓRICO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Os serviços de saúde pública desde a República Velha até o regime militar, eram marcados pela preocupação com a saúde do trabalhador e com ações higienistas. A saúde pública antes de 1988, no regime militar, era caracterizada por uma medicina social dominada por interesse de grupos privados. Nas décadas de 60 e 70, assistiu-se à privatização da assistência médica promovida pelo Estado, que se institucionalizou mediante a captura da despesa social por grupos privados. O Estado comprava os serviços médicos do setor privado, e, assim, os grupos privados passaram a se beneficiar de um mercado cativo.

Várias exclusões como a do trabalhador sem carteira de trabalho e a do desempregado eram abarcadas por esse modelo. Estes indivíduos tornavam-se, portanto, necessitados de caridade pública, geralmente realizadas pelas Santas Casas. Em poucas ocasiões é que esses e outros excluídos ficavam submetidos à vigilância desse sistema de saúde vigente.

O movimento sanitário na década de 80, devido sua expressão, fez surgir um discurso em prol do direito universal à saúde e do dever do Estado em garanti-lo. Foram recebidas no texto da Constituição Federal de 1988 as principais demandas do movimento sanitário, redefinindo a compreensão constitucional sobre a saúde e o direito à saúde, a exemplo da ampliação da noção de saúde e sua garantia como direito de cidadania e dever do Estado, instituindo o Sistema Único de Saúde (SUS).

Após a estruturação do SUS com a Lei Orgânica da Saúde (Lei de nº 8.080/90), em vários aspectos alcançou-se níveis satisfatórios ou de excelência no atendimento à sociedade.

Apesar da ampliação dos serviços ofertados à população e estruturação de programas de eficácia reconhecida, sérios problemas circundaram a saúde pública no Brasil. O fim dos institutos de previdência, com a implantação do SUS, induziu a criação da saúde supletiva (ou suplementar), que não dependia de financiamento do Estado e nem estava diretamente subordinada a ele (CARVALHO, 2008).

A ampliação do setor privado ocorreu concomitantemente com a perda de qualidade do setor público que passou a ser considerado como o sistema dos grupos de baixo, e o da atenção médica supletiva ou privada, o dos grupos de cima, levando a uma universalização excludente.

Devido à ausência de apoio da classe média às reivindicações pela melhoria do sistema público de saúde, desencadeou graves prejuízos no desenvolvimento do SUS por não se considerar essa classe, como carente de um sistema que em sua opinião, era destinado aos pobres.

Aliado a outras práticas, os interesses econômicos estavam presentes nesse processo de valorização dos planos privados em detrimento da qualidade dos serviços públicos de saúde e a gestão da saúde pública era deficiente. Portanto, mesmo sendo a saúde estabelecida como direito universal, não oportunizou, de fato, uma efetiva inclusão dos indivíduos nesse sistema de saúde, havendo apenas uma inclusão formal.

Observa-se que, em decorrência dessas alterações, o sistema que antes excluía parte da população do direito à saúde, abre-se então a toda a sociedade brasileira, como uma das consequências da universalização do direito à saúde. A exclusão apresenta-se, nesse momento, mais nítida. Já não mais ocorre no âmbito do direito em sua forma mais clara, mas sim, na formulação e concretização das políticas públicas e adoção de lógica em sua formulação, além de uma prestação deficiente, dificuldade de acesso aos serviços de saúde e na autoritária relação médico-paciente, dentre outros.

Percebe-se que a nova exclusão é mais nefasta que a anterior ao verificar-se que, as epidemias de dengue, as maternidades desativadas, os equipamentos de quimioterapia aguardando manutenção, as filas nos hospitais, a falta de leitos, os abusos dos planos de saúde, o desabastecimento das farmácias públicas, aparecem nas manchetes de jornais e revistas e cada vez menos, são motivos de preocupação por quem se considera incluído.

Torna-se vergonhoso o acesso aos serviços mais básicos de saúde que a cada dia é mais dificultado para simples consultas e exames que demoram meses ou até anos nos postos de saúde espalhados pelo Brasil, sendo costumeiro ter de buscar na capital do estado e, às vezes até de outros estados, atendimentos que deveriam ser descentralizados.

O direito à saúde no Brasil está inserido num sistema de garantias constitucionais, encontrando, entretanto, obstáculos na própria natureza do Estado, localizado na periferia do capitalismo.

A desigualdade social é um fenômeno inerente ao modelo de desenvolvimento econômico e social, que se torna visível pela ausência de políticas

sociais e econômicas que possibilitem um padrão de dignidade humana compatível com a garantia insculpida na Carta Política.

O princípio da universalização da saúde tem inegável função de assegurar à sociedade o poder de cobrar dos gestores públicos a manutenção e a ampliação do Sistema Único de Saúde (SUS). Mas, se a cada dia surgem necessidades novas, pode caracterizar-se o presente estudo como uma busca de análise dos limites jurídicos que o Estado Brasileiro apresenta, não atendendo a todas as demandas. O desafio está em verificar as reais possibilidades do atual constitucionalismo brasileiro, analisadas no contexto dos princípios constitucionais que definem os contornos jurídicos e políticos do Estado, o que se fará no capítulo a seguir.

### 3 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Como já apontado no capítulo que trata da evolução histórica da saúde pública no Brasil, a proteção constitucional que havia no país antes de 1988 era bastante prejudicada sem promover uma inclusão efetiva dos indivíduos com menos recursos financeiros. Era limitada a normas esparsas, como a garantia de “socorros públicos” e a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência ou a normas de distribuição de competências legislativas e executivas; ou, ainda, a formas indiretas de proteção, quando a saúde integrava os direitos do trabalhador e as normas de assistência social.

Não era possível contar com uma efetiva proteção à saúde do ponto de vista do direito constitucional, muito menos como direito fundamental. A previsão constitucional do direito fundamental à saúde, correlacionado à garantia de assistência social, assim como a criação do Sistema Único de Saúde, viriam com a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, acolhedora de grande parte das reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária.

A partir da Constituição Federal de 1988, com o processo de redemocratização, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos foram ratificados pelo Brasil no que diz respeito aos direitos sociais, com destaque para a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1992, e do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em 1996.

Importante aqui frisar o importante papel da positivação dos direitos fundamentais na formação do Estado de Direito e desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, esboçados os contornos do processo de reconhecimento dos direitos e garantias individuais que, num primeiro instante, corresponderam à vertente principal dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada sob um novo aspecto ao definir o direito à saúde, não mais como sendo apenas a ausência de doença, mas sim, em concordância com aquele que foi consagrado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) que realça “saúde é um bem estar físico, mental e social”.

Oportuno, ressaltar as palavras de Sarlet (2012, p. 36) quando afirma que:

A Constituição de 1988 não só agasalhou a saúde como um bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando expressamente a saúde como direito fundamental e outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito jurídico-constitucional.

Com efeito, a saúde é compreendida como um direito fundamental social com previsão na Constituição Federal em seu artigo 6º, tendo como objetivo a melhoria de vida das diversas categorias da população através da implementação de políticas públicas.

O constituinte impôs ao Estado o dever de estruturar-se com a finalidade de desenvolver e executar políticas públicas e também de organizar-se para proteger esses novos direitos. Para isto, o Estado oferece uma política pública de saúde, que é o sistema sanitário, dispondo também de estrutura e instrumentos que possibilitam exigências de efetivação de tais direitos pelos indivíduos através do sistema de justiça, ambos convergindo na busca do desenvolvimento e garantia dos novos direitos.

Impende destacar que em um Estado Democrático de Direito, a implementação dos direitos sociais torna-se prática exigível e caso ocorra alguma omissão por parte do Poder Público, torna-se legítimo o Poder Judiciário para sua concretização.

De fato, o constituinte, além de garantir o direito à prestação de serviços de saúde, também resguardou o direito de exigir sua efetivação através do Poder Judiciário a quem incumbe decidir as demandas relacionadas ao direito à saúde, garantindo efetividade aos direitos fundamentais, dentre os quais está inserida a saúde, como se verá a seguir.

### **3.1 Direito à Saúde como Direito Fundamental**

Um dos avanços permitidos pela promulgação da Constituição da República de 1988 que a ligou ao constitucionalismo de cunho democrático social desenvolvido a partir da II Guerra, foi a positivação de vários direitos fundamentais sociais, a exemplo do direito à saúde, indicado como um dos principais. Contava-se até então com uma proteção constitucional limitada a normas esparsas, valendo como referência a garantia de “socorros públicos”, prevista na Constituição de 1824 (art. 179, XXXI), e a garantia de inviolabilidade do direito à subsistência, estabelecida

pela Constituição de 1934 (art. 113, caput). Não se contava ainda com uma efetiva proteção da saúde como tal, já que os textos constitucionais anteriores incluíam a saúde como objeto das normas de atribuição de competências, legislativas e executivas, ou a outorgar uma proteção apenas indireta, dentre os direitos do trabalhador e normas de assistência social. Eram inexistentes disposições sobre a participação da iniciativa privada na proteção ou prestação da saúde e o seu recrudescimento só ocorreu a partir dos anos de 1990 de uma forma diferente daquela encontrada nos institutos de assistência e caixas de pensões.

Em decorrência da evolução dos sistemas de proteção que anteriormente eram instituídos em nível ordinário, o direito fundamental à saúde foi inserido de forma explícita na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, como um direito social. Trata-se de direito de todos e sua promoção é dever do Estado, conforme artigo 196 do mesmo Estatuto:

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ocorre que, com a evolução da sociedade e o surgimento da nova gama de direitos sociais, cresce a busca por efetivação desses direitos através do Poder Judiciário em situações onde o Estado se mostra omissivo, quer seja por parte do Poder Executivo ou Legislativo.

Devido a essas acirradas demandas na Justiça, uma constante atuação judicial é exigida, conduzindo ao exacerbado ativismo deste Poder que, ao cumprir seu papel de guardião da Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à garantia de efetivação dos direitos fundamentais, esbarra com o fato de precisar interferir nas políticas públicas, fenômeno que tem recebido o nome de Judicialização das Políticas Públicas de Saúde, como será apresentado no próximo capítulo.

#### 4 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A possibilidade de recorrer ao Judiciário é uma garantia do Estado de Direito consolidada antes do texto da Constituição de 1988, porém, com os novos direitos conquistados neste diploma gerou-se inevitável uso deste instrumento visando dar efetividade a esses direitos, em especial aos direitos sociais a exigirem atuação estatal mais ostensiva.

O descompasso entre as promessas do texto constitucional e a realidade da saúde pública brasileira frustrou as expectativas de muitos cidadãos. Os conflitos daí decorrentes encontraram no Poder Judiciário espaço receptivo. Assim, na ausência de opções mais claras, os usuários do SUS têm buscado o acesso à justiça quando lhes falta amparo estatal no atendimento à demandas por determinados procedimentos ou medicamentos, o mesmo ocorrendo em relação aos beneficiários dos planos de saúde.

Esse fato tem conduzido ao fenômeno conhecido como Judicialização da Saúde, onde o Poder Judiciário é levado a uma atuação mais efetiva para resguardar direitos fundamentais.

Essa constante atuação judicial tem sido elogiada por uns e criticada por outros devido intervenção do Poder Judiciário na gestão pública, com determinações judiciais dirigidas ao Poder Executivo para cumprimento da prestação de serviços de saúde, sem levar em conta o orçamento de recursos destinados à área da saúde.

Alguns críticos alegam que as ordens judiciais, ao proporcionarem a concretização do direito à saúde de forma subjetiva e individual, ignoram sua acepção de direito coletivo e prejudicam todo o universo de usuários do SUS.

Especialistas em direito sanitário também têm dirigido suas críticas ao efeito desestruturante da judicialização sobre o sistema de saúde, entendendo que a judicialização ao invés de trazer equidade ao sistema, amplia as desigualdades.

De outro lado, apesar das críticas tecidas, a Judicialização da Saúde é vista como positiva por outros tantos juristas que cada vez mais voltam seu olhar para esse fenômeno, pois entendem que a intervenção judicial é instrumento legítimo e eficaz para concretizar o direito à saúde, universal e integral, previsto na Constituição.

Ao determinar fornecimento de serviço de saúde para um paciente, mesmo em desacordo com as políticas públicas vigentes, os magistrados estariam a garantir

a eficácia do direito constitucional à saúde em detrimento de limitações infraconstitucionais ou até infra-legais impostas de forma indevida.

O contexto atual conta com dois fatores nunca antes presentes no contexto social brasileiro: o direito à saúde constitucionalmente previsto e o Poder Judiciário aberto às demandas por serviços de saúde. A combinação destes fatores pode conduzir ao aprimoramento qualitativo e quantitativo dos serviços do SUS ou, ao revés, contribuir para aprofundamento de desigualdades, desestruturação do sistema e manutenção da exclusão dos desvalidos.

Ocorre que os atuais críticos ou entusiastas da Judicialização não indicam alternativas eficazes e viáveis. Isso porque aqueles favoráveis apontam que o problema está na deficiência de gestão e de financiamento do SUS e, de outro lado, os críticos da Judicialização apontam que o problema está no Judiciário, que ignora as políticas públicas e age sem critérios.

Diante de tal impasse, o problema que se coloca à frente é entender como aproveitar o potencial transformador da Judicialização da Saúde em favor do desenvolvimento do SUS, da melhoria dos serviços de saúde e da inclusão dos cidadãos que vivem à margem desse relevante serviço público. Para lançar propostas é necessário observar a atual prática judicial estabelecida e as potenciais soluções que podem ser encontradas além dos processos, ou seja, na interação institucional extrajudicial.

O direito à saúde no Brasil, como direito de todos e dever do Estado, estaria constituindo uma garantia formal programada para alimentar esperança da população com algo que ela própria não acredita que possa ser materializado em sua plenitude, mas nem por isso perde a sua importância como fundamento de luta dentro das possibilidades do ordenamento jurídico e para demonstrar os limites do Estado Brasileiro que, ainda corporativo e patrimonialista, ilude a grande maioria da população sempre que não realiza os investimentos necessários para a universalização dos serviços.

A gestão dos recursos financeiros e humanos no Brasil passa palidamente, pelo controle externo do Poder Legislativo, sem que haja um controle mais efetivo dos gastos, especialmente na contratação de pessoal, por falta de concurso público.

Para efetivação do direito à saúde e conseqüente atendimento das demandas advindas deste mesmo direito, necessita o Estado tomar um conjunto de ações, medidas e procedimentos que representam as diretrizes estatais, regulando e

orientando as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público, a saber traçar suas políticas públicas que serão tratadas a seguir.

#### **4.1 Políticas Públicas**

Com a evolução do Estado, surgem novos problemas e discussões a exemplo da forma de distribuir suas prestações estatais de maneira isonômica. As necessidades sociais a formatação de estrutura social como atendidas às prestações de interesse social. O Estado procura serviços de caráter coletivo estabelecendo diretrizes e gerando prestações, como política pública que são pré-estabelecidas pelo administrador e respeitando a legislação.

Ricardo Augusto Dias da Silva, após estudo sobre a conceituação do termo destaca sua definição de política pública, leciona que é “(...) conjunto de ações, medidas e procedimentos que representam as diretrizes estatais, regulando e orientando as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público(...)”.

Contudo, atualmente, o Estado está ganhando cada vez mais, com contornos jurídicos-constitucionais, para atender a Constituição Federal, a fim de buscar a efetivação dos direitos fundamentais. O caráter da política como elaboração, como construtores das políticas públicas obrigatório atender seus interesses públicos. Portanto é difícil a tarefa do administrador eleger as prioridades das políticas públicas, a limitação dos recursos financeiros dos cofres públicos. Não tem um planejamento das políticas públicas, o administrador fica cercado das limitações, compromete a estabilidade social.

O administrador tem que respeitar a Constituição Federal que o obriga a elaborar políticas públicas que possibilitem efetivação dos direitos fundamentais, sob pena da intervenção judicial por decisões ou omissões. Portanto, as políticas públicas são indispensáveis na promoção destes direitos, devendo serem feitas de forma sistemática e abrangente com vistas a atender aos fins constitucionais, sem perder a consciência da limitação orçamentária por envolver gastos do dinheiro público.

Com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, permitir condições mínimas de vida com dignidade e proteger os vulneráveis, os direitos sociais, a exemplo do direito à saúde, vêm a exigir um papel prestacional do Estado. Portanto,

os direitos sociais são marcados pela presença do Estado Social nas ações de redução dos problemas sociais, com finalidade precípua de melhorar as condições de vida da população, com vistas à concretização da igualdade social, permitindo ao cidadão uma participação mínima na riqueza material e espiritual criada pela coletividade (COUTINHO, 1992, apud LUIZ, 2007, p.97).

Para que seja possível atender a esses ditames constitucionais, Poder Público precisa traçar sua programação de acordo com o orçamento disponibilizado e que no caso da saúde tem encontrado dificuldades em sua gestão por não contar, muitas vezes, com recursos suficientes. O aparecimento de novas doenças, a oferta de novidades em medicamentos pela indústria farmacêutica e melhoria dos serviços clínicos de elevado custo, têm levado o Estado a extrapolar seus recursos orçamentários, conforme alegado pelos administradores públicos.

A população, frustrada com a negativa de atendimento pelo Estado, dirige-se ao Poder Judiciário para buscarem sua proteção. Ocorre que essas demandas pela Justiça como prática comum em nosso país têm conduzido ao ativismo judicial a ser tratado no tópico seguinte.

## **4.2 Ativismo Judicial**

Como consequência da morosidade e da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário está sendo buscado como mecanismo para garantia e efetivação dos direitos negados. Este Poder adota um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, de modo que possa defender os direitos dos cidadãos. Desse modo, a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e preceitos constitucionais, com maior interferência no âmbito de atuação dos outros dois Poderes. O ativismo judicial tem um papel ainda mais importante no tocante a um dos principais direitos dos cidadãos: o direito à saúde visto o mesmo ser negligenciado, na maioria das vezes pela administração pública.

Segundo Luiz Roberto Barroso, o termo “ativismo judicial” surge nos Estados Unidos, durante anos da Suprema Corte presidida por Earl Warren (1954-1969), quando houve grande avanço jurisprudencial em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer participação do Executivo ou Legislativo americano.

No Brasil, com influência do positivismo oitocentista, nega-se a discricionariedade ao Judiciário nas decisões, reduzindo a atividade de subsunção. Os efeitos de atividades avançam na Constituição Federal de 1988 com os direitos sociais valorados à aplicação imediata e outorga de meios para que se busque a efetividade destes direitos de forma individual ou coletiva por intermédio do Judiciário. As questões jurídicas que antes somente discutiam critérios formalistas pertencentes ao Direito Civil, não adentravam nas relações sociais hoje debatidas na sociedade.

Passadas duas décadas da Constituição Federal 1988, a sociedade brasileira decepciona-se com os compromissos não cumpridos, elevados a categoria das normas constitucionais. Os direitos sociais que conseguiram alcançar a efetividade razoável nos países desenvolvidos não tiveram tanto êxito no Brasil.

O “neoconstitucionalismo”, autora por Daniel Sarmento surgimento da força normativa da constituição, com métodos de interpretação mais abertos, com a constituição de muitos direitos, com a reaproximação entre direito e moral, da constituição da política e 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.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6).

Ao impor condutas ou abstenções ao Poder Público, o ativismo judicial esbarra com o equívoco de invasão na esfera de decisão de outro Poder, interferindo nas atividades do administrador público e do legislador, legítimos criadores das políticas públicas, uma das principais críticas levantadas por aqueles que entendem que essa conduta estaria o Poder Judiciário ameaçando a democracia brasileira.

### **4.3 Pontos Favoráveis e Desfavoráveis**

A Constituição Federal de 1988, inspirando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pretendeu a transformação da sociedade, tratando não apenas dos direitos tradicionais como a propriedade, porém, abordando direitos não patrimoniais que carecem de garantia como o são os direitos sociais, dentre os quais situa-se o direito à saúde.

Com o neoconstitucionalismo, ou constitucionalismo contemporâneo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.

O constituinte impôs ao Estado o dever de estruturar-se com a finalidade de desenvolver e executar políticas públicas e também de organizar-se para proteger esses novos direitos. Para isto, o Estado oferece uma política pública de saúde, que é o sistema sanitário, dispondo também de estrutura e instrumentos que possibilitam exigências de efetivação de tais direitos pelos indivíduos através do sistema de justiça, ambos convergindo na busca do desenvolvimento e garantia dos novos direitos.

Luiz Roberto Barroso, mostrando a distinção entre judicialização e ativismo judicial (BARROSO, 2009, p.6), apresenta ainda o cabimento deste:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial é associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos dois Poderes.

Disto decorre a dúvida sobre a possibilidade dos juízes e tribunais virem a interferir nas deliberações do Legislativo e Executivo, órgãos que representam as maiorias políticas, invalidando ações administrativas e políticas públicas.

Conforme defendido por Barroso (2010, p. 19), isto é possível quando o Judiciário objetiva preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou precisa dar cumprimento a alguma lei existente. Neste caso, para que seja legítima

sua decisão, não pode esta expressar um ato de vontade própria, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador.

Como se vê, o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, o ativismo judicial justifica-se no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia.

Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito - como Economia, políticas públicas e regulação. Nestes casos, deve-se reconhecer que outros órgãos do Estado estão mais habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional.

Ao desempenhar seu papel de intérprete das normas constitucionais, o papel institucional dos Tribunais no Constitucionalismo contemporâneo veio a ser motivo de preocupação, conduzindo a uma forte discussão sobre poder ou não esta instância substituir aquelas responsáveis pelas decisões políticas tradicionais.

A defesa da relevância do ativismo judicial não é, todavia, partilhada por toda a doutrina. Estudiosos renomados criticam a posição ativa dos magistrados por considerá-la uma ameaça à separação dos Poderes.

Pode-se verificar em Barroso (2010), várias críticas realizadas à judicialização da saúde. Dentre estas críticas, tem-se que, o direito à saúde, disposto no artigo 196 da Constituição Federal, trata-se de norma programática que deve ser concretizada a partir da promoção de políticas públicas e não de decisões judiciais.

Ainda, segundo o autor, o Poder Executivo detém, de acordo com a Constituição Federal, a competência para estabelecê-las devido ao fato de possuir uma visão mais abrangente das necessidades públicas. A atuação do judiciário violaria, portanto, o arranjo institucional.

Na mesma obra é também realçada que as políticas públicas são realizadas a partir de verbas recolhidas do povo mediante o pagamento de tributos. Portanto, cabe à sociedade decidir quais áreas são prioritárias para a aplicação das verbas e essa ação social acontece através dos representantes legais eleitos democraticamente.

Denota-se que a discussão sobre tal mecanismo passa, quase que na maioria, numa oposição entre a supremacia legislativa e a supremacia constitucional, que decorre do modelo inventado nos Estados Unidos da América e que ainda, em grande medida, influencia o sistema brasileiro. No entanto, falta nesse debate uma percepção, outro modo de olhar, uma nova resposta, que, em termos institucionais, significa um diálogo que vem propor uma terceira via para as interações entre os tribunais e os outros órgãos.

Como agentes da transformação social, existe a necessidade de interlocução entre os sistemas responsáveis pela oferta e pela efetivação destes direitos, mas devido possuírem históricos e linguagens diferentes, existe grande dificuldade na comunicação entre os referidos sistemas.

Torna-se, portanto, imperioso que ambos os sistemas atuem de forma condizente com suas determinações legais, considerando que a Constituição Federal de 1988 protege tanto os direitos, quanto as estruturas sistêmicas para a efetivação de direitos, ou seja, políticas públicas. Portanto, exsurge a necessidade de que sejam criados mecanismos de diálogo e atuação conjunta entre esses dois sistemas, sem desprezar a participação popular na tomada de decisões que envolvam a saúde pública, de forma que o sistema de justiça seja capaz de conhecer a política pública de saúde, assim como protegê-la.

No Brasil, em um cenário em que coexistem diferenças econômicas e sociais acentuadas, com crescimento econômico tardio, resquícios do regime autoritário, com recente histórico de participação social, as transformações sociais, embora lentas, denotam o caminhar democrático para garantir-se a saúde, sendo que tais processos de interlocução vêm tomando certa forma e força.

Amplia-se a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF decorrentes das inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, permitindo a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, a ser tratada no capítulo a seguir.

## **5 A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO POSSÍVEL LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS DA SAÚDE**

Princípios de soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana são princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos I, II e III, CF), tendo por objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa, solidária, garantindo o desenvolvimento, na busca pela erradicação da pobreza e da marginalização, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação.

Não se pode conceber a dignidade da pessoa humana, sem permitir-lhe garantia do direito à vida, e, por consequência, do direito a uma vida saudável. Da mesma forma, não há como conceber uma sociedade livre, justa e solidária, sem que ocorra a participação de cada cidadão, da sociedade e do Estado, todos em esforço conjunto, para garantir que não haja excluídos, marginalizados, miseráveis; onde os direitos humanos venham a suplantar o plano das ideias; onde inexistem preconceitos de qualquer espécie ou forma de discriminação, muito menos pela condição especial dos portadores de deficiência física, de transtornos mentais ou qualquer outra deficiência.

No vislumbre dessa tão necessária participação popular é que têm sido criados alguns mecanismos que possibilitem manifestação de opinião dos cidadãos nas decisões que possam afetar seus interesses.

Como exemplo desses mecanismos tem-se audiência pública, instituto antes estranho ao ordenamento jurídico e que, a partir de 1999, encontra-se nele inserido objetivando dar maior legitimidade democrática às decisões que abrangem assuntos de interesse do povo, por ser este o detentor do poder em um país democrático de direito, como o é o Brasil.

### **5.1 Audiências Públicas**

Trata-se de instituto vigente no país a partir da edição da Lei de nº 9.868/1990, que, conforme seu art. 20, §10, permite que em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator possa requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para emissão de parecer sobre a questão ou

fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Importante enfatizar que o objetivo da audiência pública é conferir maior legitimidade democrática e técnica às decisões proferidas pela Suprema Corte no controle abstrato de constitucionalidade ao permitir a participação popular assim como auxílio técnico na tomada de decisões, conforme pode ser observado na fundamentação feita pelo Ministro Carlos Ayres Brito em decisão da ADI n.3510-0 de maio de 2005, ao argumentar que o instrumento técnico esclarece a matéria que encontra-se além de conhecimentos jurídicos dos ministros, tornando-se o instrumento de legitimidade popular das decisões proferidas pela Suprema Corte.

A finalidade de sua utilização é esclarecer questões técnicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, que permitam uma jurisdição constitucional mais democrática conforme verifica-se na afirmação do ministro presidente Gilmar Ferreira Mendes no despacho de convocação da audiência pública para discutir o Sistema Único de Saúde-SUS, datado de 5 de março de 2009.

Em 05 de março de 2005, foi sancionada a Lei 11.105 — Lei Nacional de Biossegurança, liberando as pesquisas com células-tronco embrionárias e em maio do mesmo ano o então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.510-0), questionando a constitucionalidade do artigo 5 desta Lei sob o argumento de que o referido artigo violaria a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida.

Em decisão proferida em 19 de dezembro de 2006, o ministro Carlos Ayres Brito, relator da ação, determinou, diante da complexidade da matéria, a convocação da primeira audiência pública na história do Supremo Tribunal Federal.

Na decisão proferida, o Min. Carlos Ayres Brito fundamentou sua decisão no parágrafo 1º do artigo 9º da Lei 9.868/99, que possibilita ao relator, em casos de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Entende-se que, a partir do teor da decisão do ministro relator Carlos Ayres Brito, a audiência pública, engendrada como instrumento técnico, nos termos do parágrafo 1º do artigo 9º da Lei 9.868/99, para esclarecimento de matéria

controvertida que se encontre além dos conhecimentos jurídicos dos ministros, tornou-se um instrumento que oportuniza legitimidade popular das decisões proferidas pela Suprema Corte.

Nota-se, portanto, que as audiências públicas proporcionam a redução do isolamento do Tribunal, promovendo sua aproximação com a sociedade civil e comunidade científica. Também, considerando as limitações no que tange às capacidades institucionais da corte, as audiências diminuem as chances de cometimento de equívocos nas decisões em questões que exigem profundo conhecimento técnico dos ministros.

## 6 CONCLUSÃO

O direito à saúde, positivado na Constituição Federal expressamente nos artigos 6º e 196, é um direito social e fundamental, essencial à vida digna do ser humano, e, portanto, um direito de todo o cidadão, cabendo ao Estado o dever de garanti-lo e efetivá-lo por meio de políticas públicas, sociais e econômicas.

Ocorre, entretanto, que, devido à negligência por parte do Executivo, do Legislativo e, por vezes, da própria Administração Pública, a intervenção do Poder Judiciário em matérias fora de sua competência tem sido de extrema relevância para assegurar a aplicação dos direitos fundamentais. As constantes demandas apresentadas ao Judiciário levam ao ativismo judicial e suas decisões determinando efetivação da prestação de saúde pública pela Administração gera a judicialização da política.

Devido à frequência do debate deste tema, não se pretendeu esgotar aqui todas as reflexões relacionadas à judicialização da saúde, mas fornecer uma análise sobre suas causas, condições e efeitos, enfatizando a importância de ser assegurado esse direito fundamental pela via judicial enquanto outros poderes não o concretizam.

Visualizaram-se alguns benefícios de tal atuação proativa do Poder Judiciário, possibilitando um atendimento mais efetivo às demandas sociais e com substanciais melhorias práticas na distribuição da Justiça. Não obstante tais benesses, deve-se ver com muita cautela o aumento dos poderes interventivos dos magistrados no processo civil moderno, considerando-se os possíveis riscos para a legitimidade democrática.

Um dos princípios basilares do ordenamento jurídico é o da separação dos Poderes, que busca garantir que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário sejam independentes e harmônicos entre si, de forma a evitar-se intervenção recíproca, sem abalar a democracia brasileira.

Na busca por alternativas que possam inibir esse temor frente à alegada ameaça à democracia, vislumbrou-se uma maior participação popular nas decisões concernentes à saúde pública para que estas tenham maior consciência da real necessidade e possibilidades de atendimento de suas demandas individuais pelo Estado, bem como suas conseqüentes implicações nos serviços de saúde para toda a coletividade.

As audiências públicas são apontadas como possível solução pelo fato de oportunizarem a participação da sociedade civil nas decisões que envolvam o direito à saúde em casos mais relevantes, a fim de tornar legítimas as decisões proferidas, de forma a contribuir para a preservação da democracia brasileira.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3)> Acesso em 14 nov. 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em 16/05/17 Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 1.920/53**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1920.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1920.htm)> Acesso em: 16 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira**. In: ASENSI, Felipe Dutra; Pinheiro, Roseni. *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Disponível em: < <http://saudepublica.bvs.br/pesquisa/resource/pt/int-3248> > Acesso em: 22 out. 2017.