



Universidade Federal
de Campina Grande

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

JÉSSICA PEREIRA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: IMPACTOS DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

SOUSA

2017

JÉSSICA PEREIRA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: IMPACTOS DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva

SOUSA

2017

JÉSSICA PEREIRA DA SILVA

ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: IMPACTOS DAS
DECISÕES JUDICIAIS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva

Aprovada em: 15 de março de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva (Orientador)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof. Doutorando Alexandre da Silva Oliveira (Examinador)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

Prof^a.Dra. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira (Examinadora)
Universidade Federal de Campina Grande (UFCG)

*Dedico aos meus pais, Antônio Pereira da
Silva e Maria Margarida da Silva, por todo
o amor e o apoio que sempre me deram.*

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai Antônio Pereira da Silva, pelo amor e confiança que tem por mim e por me fazer acreditar que meus sonhos são possíveis.

À minha mãe Maria Margarida da Silva, pelo amor incondicional e por todo apoio e cuidado ao longo dessa jornada. A senhora é o meu exemplo de persistência, paciência e bondade.

Às minhas irmãs, Gilvaneide, Gilvonete e Janete, vocês me motivam a querer ser sempre melhor e a lutar pelos meus sonhos.

Aos meus irmãos, Antônio, Givaldo, Genilson, Gilvan e Marcos, através de vocês tenho compreendido que o amor e a união devem prevalecer sobre todos os problemas da vida.

Às minhas sobrinhas, Alice, Amanda, Ângela, Eduarda, Emilly, Hívina, Hislla, Melissa, Mylena, Sabrina, Vitória, Yasmim. E aos meus sobrinhos, Douglas, Gabriel, João Pedro, Samuel -in memoriam- e Vinicius. Vocês me ensinaram a amar de uma forma terna e pura.

Ao meu namorado Sidney Sarmiento, pelo amor e cuidado que sempre teve comigo e por seus ensinamentos sobre a vida, e à sua família que me recebeu com muito carinho.

Às minhas amigas Paula, Dayana, Izabela, Emanuelle, Thaize, Suélen, Dennyse, Nardiane e Rayanne, vocês me ensinaram que a amizade sobrevive ao tempo e à distância.

Às minhas amigas da faculdade, estágio e de Sousa, especialmente Yasmin, Dâmaris, Carol, Jayane, Juliana, Larissa, Luane, Clara Oliveira, Jéssica Carvalho e Laís Mendes. Com vocês dividi as preocupações de provas, OAB, monografia e compartilhei momentos alegres e de muito aprendizado para a vida.

Aos meus amigos, Kayky e Lucas Oliveira, que foram as minhas primeiras amizades da Cidade Sorriso.

Ao meu orientador Eduardo Pordeus Silva, pela paciência que teve comigo, por me guiar e ajudar a terminar este trabalho.

O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura.
(Luís Roberto Barroso)

RESUMO

O direito à saúde constitui-se como um direito fundamental social constitucionalmente consagrado pela Carta Magna de 1988 e de responsabilidade do Poder Público na figura do Poder Executivo. Ocorre, porém, que diante da inércia, descaso e ineficiência do principal responsável na sua prestação, o Poder Judiciário vem atuando de modo a sanar tal deficiência e tornar real o direito em pauta, que se configura como um direito essencial à vida e à dignidade humana, sendo imprescindível, então, a sua concretização, o que representa ainda a garantia da integridade da própria ordem constitucional. Nessa senda, realizou-se o presente trabalho monográfico com o objetivo de analisar o ativismo judicial na promoção do direito à saúde, perscrutando seu cabimento e importância na garantia desse direito, as principais críticas sobre o tema, focando a relação entre orçamento público e reserva do possível, principalmente. Buscou-se, para tanto, o apoio no método de abordagem dedutivo, nos métodos de procedimento histórico e observacional, à medida que se analisou a evolução do direito à saúde e observou-se seu atual status no ordenamento jurídico brasileiro, e na técnica de pesquisa bibliográfica, através da análise de doutrinas, legislações, jurisprudências, trabalhos monográficos, artigos científicos e web sites. Assim, diante dos dados analisados e principais achados, percebeu-se que o direito à saúde, pela sua importância, não pode ficar à mercê do Poder Executivo, que se mostra bastante ineficaz na sua prestação e garantia, e que, mesmo diante das polêmicas suscitadas pelo ativismo judicial no que tange a temática em foco, que vão desde desrespeito ao princípio da separação de poderes, até argumentos embasados na reserva do possível e limitação orçamentária, o ativismo judicial moderado, dotado principalmente de técnica, é capaz de superar tais barreiras, contribuindo, com a efetivação do direito à saúde e consequente integridade da ordem constitucional.

Palavras-chave: Direito à saúde. Ativismo judicial. Orçamento Público. Reserva do possível.

ABSTRACT

The right to health constitutes a fundamental social right established by the Brazilian Constitution of 1988 and a responsibility of the Public Power in the figure of the Executive Branch. It happens, however, that facing the inertia, negligence and inefficiency of the main responsible for its offering, the Judiciary has been acting in order to remedy this deficiency and to make real the right in question, which is an fundamental right to life and Human dignity, and its implementation is essential, which also represents the guarantee of the integrity of the constitutional order itself. In this way, the present monographic work was carried out with the objective of analyzing judicial activism in the promotion of the right to health, investigating its relevance and importance in guaranteeing this right alongside with the review of the main criticism on the issue, focusing on the relationship between public budget and reserve of contingencies, mainly. Therefore, supported by the method of deductive approach, the procedures of historical and observational techniques were adopted on the analysis of the evolution of the right to health and its current status within the Brazilian legal system, and the technique of bibliographical research was carried out, considering the analysis of doctrines, laws, cases, monographic works, papers and web sites. Thus, given the analyzed data and main findings, it was noted that the right to health, because of its importance, cannot be at the dependence of the Executive Branch, which shows itself quite ineffective in its provision and guarantee, and that, even facing the controversies raised by judicial activism in relation to the issue in question, controversies that range from disrespect to the principle of separation of powers to arguments based on the reservation for contingencies and budgetary limitation, the moderate judicial activism powered mainly by technique is capable to overcome such barriers, contributing to the realization of the right to health and the consequent integrity of the constitutional order.

Keywords: Right to Health. Judicial Activism. Public Budget. Reserve of Contingencies.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ART.– Artigo

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CAP.– Capítulo

CF – Constituição Federal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DF- Distrito Federal

INC. – Inciso

Nº- Número

RS- Rio Grande do Sul

STF – Supremo Tribunal Federal

STA – Suspensão de Tutela Antecipada

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
2.1 O DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES NO SISTEMA NORMATIVO.....	13
2.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	15
2.3 DIREITO À SAÚDE E A REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	19
2.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA TUTELA DA SAÚDE	22
3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	27
3.1 ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS PERSPECTIVAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL.....	27
3.2 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	31
3.3 O POSICIONAMENTO DO STF E A ATUAÇÃO DO CNJ NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	37
4 ORÇAMENTO, RESERVA DO POSSÍVEL E OS NOVOS RUMOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	41
4.1 CUSTOS DOS DIREITOS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL	41
4.2 JUSTICIABILIDADE DAS ALOCAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS	46
4.3 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NAS DECISÕES JUDICIAIS	51
4.4 DECISÕES JUDICIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO E RESERVA DO POSSÍVEL.....	52
5 CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, a Constituição de 1988 é a primeira Carta Magna a elevar a saúde à categoria de direito fundamental. O direito à saúde tem previsão no seu artigo 6º, como um direito social. Seu conteúdo e forma de realização encontram-se disciplinados nos artigos 196 a 200 do texto constitucional. Outrossim, o direito à saúde é disciplinado no plano infraconstitucional, pelas Leis Federais nº 8.080/90 e a nº8.142/90.

Por ser consagrado como um direito fundamental aplica-se ao direito à saúde o regime jurídico-constitucional pertinente às normas de direitos fundamentais. Constituindo-se, assim, um limite à reforma constitucional, pela sua fundamentalidade material e formal. E por ser classificado como um direito social exige uma atuação positiva do Estado para a sua concretização.

Dessa forma, a sua efetivação demanda a criação de políticas públicas para a devida implementação. Elas são diretrizes voltadas a resolver problemas coletivamente relevantes, e na área sanitária possuem como objetivo a promoção de ações e serviços que visam promover, proteger e recuperar a saúde, assim como reduzir os riscos de doenças. Ademais, a sua execução compete, primariamente, à Administração Pública, que deve utilizar o seu efetivo material para realizá-las.

Entretanto, percebe-se que o Poder Público tem se mostrado omissos na realização de prestações positivas. Em virtude disso, o Poder Judiciário tem atuado, através de suas decisões, a fim de implementar as previsões constitucionais relativas à saúde. Daí surge à discussão a respeito do fenômeno chamado de ativismo judicial.

Comumente, essa atuação mais ativista do Judiciário decorre da necessidade de concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. Todavia, verifica-se que a atuação proativa dos juízes gera uma forte tensão com os elaboradores e executores de políticas públicas, pois estes são compelidos a garantir o direito fundamental à saúde, às vezes, de forma diversa da estabelecida pela política do governo e além da sua capacidade orçamentária.

Observa-se, então, que a participação ampla e intensa do Poder Judiciário encontra óbice na questão orçamentária, uma vez que a efetivação dos direitos

sociais custa e as demandas de saúde tendem a aumentar gradativamente, como será observado no decorrer do trabalho, através de dados extraídos do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério da Saúde e do Tribunal de Contas da União.

Dessa forma, essa situação pode resultar em um forte impacto no orçamento público, tendo consequências para toda a sociedade, visto que ao se atender a demanda judicial, poderá ocorrer o prejuízo da efetivação de outras políticas públicas sociais, já que os recursos são finitos, não sendo suficientes para suprir todas as pretensões e anseios da sociedade.

Com base nessa discussão, a presente monografia é desenvolvida, e possui como finalidade principal o estudo do ativismo judicial na promoção do direito à saúde e as medidas que podem ser utilizadas de forma a garantir esse direito sem prejudicar a destinação de recursos a outras áreas sociais. Questiona-se se o Poder Judiciário pode impor tarefas aos Poderes Executivo e Legislativo, inclusive as que tenham natureza econômica. Em vista disso, sua problemática trata-se de argumentações que tentam impedir a sua realização, principalmente com a justificativa embasada no princípio da separação dos poderes ou na teoria da reserva do possível. Em vista disso, é um assunto que merece ser debatido e compreendido, pois é do interesse de todos.

Para a realização do presente estudo, adotou-se o método de abordagem dedutivo, de maneira que se partiu de uma premissa maior e verdadeira para outra premissa menor, seguindo a lógica de raciocínio; Por sua vez, os métodos de procedimentos utilizados foram o histórico e o observacional, analisando como o direito à saúde foi tratado até chegar à concepção atual de um direito fundamental, fazendo observações do atual estágio desse direito no ordenamento jurídico brasileiro; e a técnica de pesquisa utilizada foi à bibliográfica, através da análise de doutrinas, legislações, jurisprudências, trabalhos monográficos, artigos científicos e web sites.

O trabalho de conclusão de curso estrutura-se em três capítulos, apresentando-se no primeiro capítulo a positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional. Em seguida, será analisado o regime jurídico dado a esse direito fundamental, bem como a necessidade da atuação estatal para concretizá-lo. Outrossim, é analisado o Sistema Único de Saúde que é a principal política sanitária.

No segundo capítulo é abordada a atuação do Poder Judiciário na implementação do direito fundamental à saúde, bem como as perspectivas para o ativismo judicial no Brasil, e as críticas a essa atuação. Outrossim, é mostrado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a atuação do Conselho Nacional de Justiça acerca do crescimento das demandas judiciais em matéria de saúde.

No terceiro capítulo é apresentada a relação entre orçamento, reserva do possível e decisões judiciais sobre a saúde. Para isso é analisada a questão orçamentária na implementação do referido direito, abordando-se os custos dos direitos, a escassez de recursos e a aplicação da teoria da reserva do possível. Assim como, em seguida, visualiza-se a interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, discutindo-se se essa atuação é legítima. Por fim, trata-se sobre o impacto das decisões judiciais no orçamento público.

2 DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Esse capítulo apresentará a positivação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, será analisado o regime jurídico desse direito fundamental. Por fim, analisará as políticas públicas de saúde, especialmente a principal política sanitária que é o Sistema Único de Saúde.

2.1 O DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES NO SISTEMA NORMATIVO

No Brasil, a Constituição de 1988 é a primeira Carta Magna a elevar a saúde à categoria de direito fundamental. Os outros textos constitucionais possuíam apenas dispositivos esparsos sobre o assunto. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 696).

O direito à saúde tem previsão no artigo 6º da Lei Maior como um direito fundamental social. Seu conteúdo e forma de realização encontram-se disciplinados no título VIII, da ordem social, vinculado à seguridade social, e em vista disso “assume o caráter de distribuição de rendas, sob as mais diversas modalidades, atuando como instrumento destinado a englobar os deveres de agir do Estado, para garantir os direitos sociais básicos do cidadão” (BULOS, 2009, p.1328).

Segundo Sarlet (2012, p. 577), é no art. 196 que “o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional”.

O ministro e doutrinador Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 696) assevera que compreender a norma do artigo 196 da Constituição Federal, somente como norma programática “incapaz de produzir efeitos e indicando apenas diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição”.

Trata o artigo 196 da Carta Magna de uma norma de cunho impositivo de deveres e tarefas, visto que estabelece a competência em comum (inc. II, art., 23, da CF/88) aos Estados, Distrito Federal e Municípios, de promover as políticas públicas

de saúde que visem à redução do risco de doenças e o estabelecimento do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Nesse entendimento, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela responsabilidade solidária dos entes federativos no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 716777/RS, da 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, que tratava sobre o fornecimento gratuito de meios indispensáveis ao tratamento e à preservação da saúde de pessoas sem poder aquisitivo. Veja-se, pois:

[...] O cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa (BRASIL; STF, 2013).

Outro relevante dispositivo referente à saúde é o art. 197 da Constituição, que estabelece a relevância pública das ações e serviços de saúde e prevê a competência integral do Poder Público que poderá dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Tanto terceiros como pessoas físicas ou jurídicas de direito privado sujeitam-se ao seu domínio, nos termos da lei ordinária (BULOS, 2009).

Merece destaque o art. 198 da Carta Magna que estabelece as diretrizes e os princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde. O legislador ao criar o SUS, rompeu com o modelo de saúde até então existente e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, segundo o critério da subsidiariedade, como instrumento pelo qual o Estado melhor concretizará o direito fundamental social à saúde (MENDES; BRANCO, 2012).

O art. 199, caput, e o seu §1º, da Constituição, permite a participação da iniciativa privada em nível complementar na prestação da assistência à saúde. Com isso, a medicina estatizada divide espaço com o setor privado na incumbência de realizar o comando constitucional do art. 196, ou seja, a saúde como direito de todos e dever do Estado (OLIVEIRA, 2015).

A Constituição Federal, em seu artigo 200, estabelece, nos termos da lei, em rol exemplificativo, as atribuições que são da competência do SUS. Posto isso, pode-se afirmar que “as demandas que buscam a efetivação de prestações de

saúde devem, portanto, ser resolvidas a partir da análise do nosso texto constitucional e de suas peculiaridades”. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 696).

Além do tratamento dado pelos arts. 196 a 200 da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde também é disciplinado no plano infraconstitucional, pelas Leis Federais nº 8.080/90, que trata da organização e funcionamento do SUS e a nº8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Vale destacar que a Lei nº8.142/90 consolidou os espaços públicos de participação popular na saúde, disciplinando a criação e o funcionamento dos Conselhos e Conferências de Saúde. Através destes, a população pode participar da formulação, implementação e fiscalização das políticas públicas de saúde.

Verifica-se, assim, que esses espaços participativos constituem uma nova forma de inclusão política da comunidade no processo deliberativo e decisório na saúde, ao propiciar a participação e a afirmação da cidadania na vida pública brasileira. (ASENSI, 2013).

Após essas considerações sobre a posição normativa do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, será o próximo objeto de análise, a natureza jurídica da saúde como um direito fundamental.

2.2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Maliska (2001, p.57) declara que os direitos fundamentais determinam a base da Carta constitucional, estando em posição de destaque nesta e vinculam todo o ordenamento jurídico.

Para George Marmelstein (2008, p.20) os direitos fundamentais são:

[...] Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

O legislador positivou os direitos fundamentais nos arts. 5º a 17, da Constituição Federal de 1988. E ele inovou no que tange à proteção dos direitos sociais ao estabelecer um capítulo próprio para eles na carta constitucional, sendo estabelecidos inúmeros direitos de cunho social, principalmente no art. 6º, e a eles foi estendido o regime jurídico dos direitos fundamentais. Nesse sentido, preleciona Sarlet:

[...] Todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam sediados no Título II da Constituição Federal (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados ao Brasil, são direitos fundamentais (SARLET, 2009, p.223)

Entretanto, há divergências na doutrina pátria a respeito do preceito contido no art. 5º, §1º da Constituição Federal, no tocante a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais em dispositivos constitucionais de caráter programático.

Sarlet (2012) defende que há circunstâncias em que não se pode dispensar uma concretização pelo constituinte, como no caso dos direitos sociais, e a norma prevista no art. 5º, §1º da Constituição, seria:

[...] Uma norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p.270).

A previsão de aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais não é absoluta, visto que nem todas as normas são de eficácia plena ou contida, como na situação das normas de eficácia limitada, que necessitam de uma regulamentação infraconstitucional.

É mister também compreender os aspectos material e formal dos direitos fundamentais. Para Sarlet (2012), a fundamentalidade formal está relacionada com a positivação das normas no texto constitucional e resulta da circunstância de terem os direitos fundamentais sido elevados a condição de cláusula pétrea, constituindo limites materiais à reforma do texto constitucional. No que tange ao aspecto material, a fundamentalidade de certos direitos dependeria de seu conteúdo e não da força formal constitucional. De acordo com o mesmo autor:

[...] somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material, isto é, da circunstância de conterem (ou não) decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana. (SARLET, 2012, p. 75)

Assim, o direito à saúde é previsto pela Constituição, como um direito social e fundamental, sendo a este direito aplicado o regime jurídico-constitucional pertinente às normas de direitos fundamentais. Pelo fato dos direitos fundamentais serem observados como uma cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV CF), o direito à saúde pela sua fundamentalidade, constitui, assim, um limite à reforma constitucional.

E ainda há no plano infraconstitucional, o princípio da vedação do retrocesso social, esse princípio coíbe qualquer medida estatal que suprima garantias e direitos fundamentais. Dessa maneira, o Estado deve atuar de forma a sempre melhorar as condições de vida da sociedade.

O princípio da vedação do retrocesso social possui ligação com o dever de realização progressiva dos direitos sociais, tal como previsto no art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil. E esse princípio também tem relação com os princípios da segurança jurídica, do Estado Social de Direito e da proteção da confiança, uma vez que tutela a proteção da confiança da pessoa humana e da comunidade na ordem jurídica, sendo esta uma forma de resguardo de certa estabilidade e continuidade do Direito, inclusive quanto à preservação do núcleo mínimo dos direitos sociais (MENDES, 2004).

[...] O princípio do não retrocesso social constitui-se como mecanismo de barreira às afrontas ao direito à saúde já concretizado, por quaisquer dos poderes do Estado. E com o referido princípio objetiva-se estabelecer barreira à atitude reacionária que esvaziasse o conteúdo e/ou a concretização da saúde, tanto no aspecto normativo quanto pragmático. (OLIVEIRA, 2015, p. 34)

Apesar da importância desse princípio para a proteção em certo nível da realização dos direitos fundamentais, houve a vedação de custeio pelo Estado de

medicamentos não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que anteriormente eram fornecidos, seja pelo Poder Executivo ou por decisão judicial.

A proibição legal pela dispensação pelo SUS de medicamentos que não constavam na lista da ANVISA configura-se como diminuição da proteção anteriormente conferida ao direito à saúde, ou seja, adequa-se, nitidamente, à proibição decorrente da norma que estipula o princípio da vedação do retrocesso social (ALVES, 2013, p.30).

Além disso, os direitos fundamentais também podem ser analisados sob os aspectos da sua subjetividade e objetividade. Para o doutrinador Gilmar Mendes (2004, p.2-4), os direitos fundamentais na sua dimensão objetiva formam a base de um Estado Democrático de Direito, e na sua dimensão subjetiva outorga à pessoa humana a possibilidade de impor os seus interesses em face do Poder Público.

Outrossim, os direitos fundamentais podem ser analisados do ponto de vista da relação entre a pessoa humana e o Estado, através da ótica de defesa e prestação.

No caso do art. 196 da Constituição Federal que prevê que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”: o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este não lhe impeça a concessão de saúde; e o cidadão tem, em face do Estado, um direito a que este proteja sua saúde. O primeiro direito apresentado tem como objeto uma ação negativa ou abstenção do destinatário (direito de defesa); o outro, uma ação positiva ou um fazer (direito a prestações). (OLIVEIRA, 2015, p. 41).

Os direitos fundamentais como direitos de defesa protegem a liberdade individual contra as interferências ilegítimas do Estado. Caso o Poder Público viole esse princípio, o indivíduo dispõe de uma pretensão que pode consistir em uma “abstenção, revogação, anulação, consideração (dever de levar em conta a situação do eventual afetado fazendo as devidas ponderações) e proteção (o dever do Estado de contra terceiros)” (MENDES, 2004, p. 3).

Os direitos fundamentais à prestações consistem na obrigação do Estado de criar condições para o exercício efetivo dos direitos fundamentais e da possibilidade do titular do direito dispor de pretensão à prestações por parte do Poder Público (MENDES, 2004, p. 6).

Verifica-se, então, que o direito social fundamental à saúde exige uma prestação positiva do Estado para a sua concretização, isso ocorre por meio da implementação de políticas públicas. Clèmerson Merlin Clève (2006, p. 30 - 31)

assevera que “cabe ao Estado, precipuamente ao Poder Executivo, desenvolver políticas realizadoras de direitos e criar ou aprimorar os serviços públicos voltados a tal finalidade, garantindo, entre outros, a saúde”.

Diante da análise das características dos direitos fundamentais, pode se afirmar que a saúde é um direito fundamental social, sob o aspecto formal e material, constituindo-se como um limite à reforma constitucional. O direito à saúde exige uma atuação positiva do Estado para a sua concretização, por meio da implementação de políticas públicas de saúde. No plano infraconstitucional, o direito à saúde é protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social.

2.3 DIREITO À SAÚDE E A REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O direito à saúde deve ser exercido através de políticas públicas que tenham por finalidade promover ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assim como para a redução do risco de doenças e outros agravos.

Neste contexto, as ações preventivas constituem-se como intervenções voltadas a evitar o aparecimento de doenças específicas, diminuindo a sua incidência e prevalência nos indivíduos. Já a promoção da saúde é mais ampla que a prevenção, visto que serve para aumentar a saúde e o bem-estar geral (CZERESNIA, 2009).

A Constituição Federal impôs expressamente no seu artigo 196, o dever do Estado de formular políticas públicas. Assim, para que o Poder Público possa influenciar a atuação da sociedade civil é formulada uma série de mecanismos jurídicos para que ela se desenvolva de maneira satisfatória e o instrumento utilizado para a promoção dessa participação popular são as políticas públicas (BREUS, 2006).

Nesse sentido, Ohlweiler (2013, p. 197) aduz que “fazer política pública é erigir espaços comunitários constitucionalmente democráticos, formal e substancialmente democráticos”. Dessa maneira, verifica-se como a principal característica da forma de ser das políticas públicas está na construção de espaços públicos que permitam a participação popular de forma ampla e eficaz.

Para Barboza e Kozicki (2012, p. 72) a definição de política pública diz respeito às “metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos Poderes Públicos, comum num Estado que se pretende social”.

Assim, as políticas públicas são diretrizes voltadas a resolver problemas coletivamente relevantes, e sua promoção ocorre também através do diálogo do Estado com a sociedade civil, através de espaços democráticos de participação, tais como conselhos, conferências e audiências públicas, que permitem aos cidadãos a possibilidade de poder influenciar e interferir nas decisões do Poder Público.

Verifica-se, portanto, que é através das políticas públicas que a Constituição Federal de 1988 pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais, que são direitos que dizem respeito a toda coletividade.

Vale destacar que não há tratamento uniforme no ordenamento jurídico brasileiro acerca da nomenclatura utilizada para a expressão “políticas públicas”. Em razão disso, são utilizados de maneira indistinta, conceitos como plano (Plano Nacional de Educação, Lei 13.005/14), programa (Programa Minha Casa, Minha Vida disposto na Lei 11.977/09 e Programa Mais Médicos, Lei 2.871/13) ou política (Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecida pela Lei 12.305/10) (OLIVEIRA, 2015).

A respeito da natureza das políticas públicas, essas podem ser classificadas como sociais (assistência social, educação e saúde) ou econômicas. Valer salientar que essas políticas não se excluem, mas se complementam, proporcionando juntas, assim, um maior desenvolvimento social do país e uma melhor qualidade de vida aos indivíduos.

Dentre as políticas públicas, serão abordadas as políticas públicas sociais destinadas à área da saúde. As políticas sociais estão associadas à proteção social do Estado. Nesse sentido:

[...] políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais (HOFLING, 2001, p.31).

O processo de escolha de políticas públicas tem seu embasamento na lei. O legislador definirá as políticas públicas necessárias à população e fixará os critérios

de preferência na escolha dos serviços e atividades mais urgentes para a comunidade (LIBERATI, 2013).

É importante destacar que a definição de prioridades está atrelada diretamente ao recurso financeiro, visto que sem os mesmos não se realizam os serviços públicos. Nesse sentido, ressalta-se que a política pública deve ter objetivos definidos, demonstrando a seleção de prioridades, os meios necessários para sua realização e o período de tempo necessário para a obtenção dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

A execução das políticas públicas compete de forma primária à Administração Pública, que deverá usar dos seus recursos financeiros para realizá-las. Para a implementação do direito fundamental à saúde por meio de políticas públicas de saúde é necessário verificar a disponibilidade de recursos públicos para seu custeio.

A Constituição Federal de 1988, no art. 198, §3º, determinou que por meio de Lei Complementar seriam definidos os percentuais que os entes federativos aplicariam na área da saúde.

Em 2000, foi criada a Emenda Constitucional nº29, que assegurou o financiamento das ações e serviços de saúde estabelecendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios apliquem anualmente recursos mínimos provenientes da aplicação de percentuais das receitas determinando as suas bases de cálculo. Dessa maneira, vinculou recursos ao setor saúde (BRASIL, 2011, p.49).

A respeito dos limites mínimos de destinação de recursos à saúde, relata o manual básico de Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde, elaborado pelo Ministério da Saúde e Fundo Nacional de Saúde:

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que não cumprirem os limites mínimos estabelecidos pela Constituição Federal estarão sujeitos às mesmas sanções da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, que vão, desde a retenção das transferências do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM), até a intervenção da União no Estado, no Distrito Federal e nos Municípios e/ou da União ou dos Estados nos Municípios, bem como a cassação de mandatos. (BRASIL; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003, p.16)

Todavia, constatou-se que essas sanções não foram aplicadas aos entes federativos que não cumpriram as exigências estabelecidas na Emenda nº 29. (CAMPELLI; CALVO, 2007).

A Emenda nº29 só foi regulamentada após 12 anos da sua promulgação. Em 2012, foi instituída a Lei Complementar nº141 que regulamenta o §3º do art.198 da Carta Magna para dispor sobre os percentuais mínimos a serem aplicados anualmente pelos ententes federativos em ações e serviços públicos de saúde; define os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde na União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 2012).

A respeito da arrecadação federal e o investimento na área da saúde, mister é a contribuição de Pinto e Fleury (2012, p. 76):

Faltam recursos ao SUS, a despeito de a arrecadação federal bater recordes sucessivos e vertiginosos de crescimento, porque a União não tem nenhum dever de correlação de gasto mínimo na saúde em face do comportamento da sua receita. A não vinculação do gasto da União com sua receita explica a regressividade do gasto federal em saúde.

Diante do exposto, verifica-se que os entes federativos não aplicam na área da saúde o valor mínimo estabelecido em lei. Isso revela o descaso do Poder Público com a população, uma vez que a prestação da saúde fica comprometida por falta de recursos financeiros e econômicos. Para mudar essa situação, os cidadãos devem participar ativamente dos processos decisórios do Estado, monitorando, fiscalizando e exigindo que seu direito à saúde, que é constitucionalmente assegurado, não se torne apenas uma promessa constitucional.

Posto isso, faz-se importante analisar a principal política sanitária do Brasil, o Sistema Único de Saúde.

2.4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA TUTELA DA SAÚDE

No começo do século XX, no Brasil, vigia na saúde pública o modelo campanhista, que privilegiava o combate às epidemias, como forma de se evitar que o contágio de doenças se propagasse de maneira incontrolável sobre a comunidade. Verifica-se, então, que nesse período a concepção de saúde não estava vinculada a

qualquer conceito de qualidade de vida ou de proteção da dignidade da pessoa humana (FLEURY; PINTO, 2012).

As ações do Estado não visavam à promoção da saúde, restringia sua atuação a uma esfera de proteção geral, com a adoção de medidas voltadas a evitar a proliferação de doenças, as ações de saúde curativas eram prestadas por instituições privadas e por hospitais de caridade. Além disso, a própria Constituição da República de 1891 não reservava no seu texto constitucional qualquer tratamento ao direito à saúde. Apenas na década de 1930 que o Estado passa a desenvolver estruturas públicas voltadas ao aspecto promocional da saúde (PIVETTA, 2013).

No governo de Getúlio Vargas delineou-se a distinção institucional entre assistência médica e saúde pública que marcaria as ações de saúde do Brasil durante décadas (OLIVEIRA, 2015).

O marco histórico do processo de elaboração de programas e diretrizes a favor da democratização da saúde é a 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986. Nela foram formulados os princípios da Reforma Sanitária e a aprovação da criação do Sistema Único de Saúde, sendo a saúde separada totalmente da previdência social (PIVETTA, 2013).

O Sistema Único de Saúde foi instituído pela Constituição Federal de 1988, sendo o modelo básico de ações e serviço de saúde do país. É norteado por um conjunto de princípios e diretrizes que devem ser obedecidos por todos os entes federativos. No plano infraconstitucional, o SUS está disciplinado pelas Leis federais nº8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que disciplina a sua organização e funcionamento. e nº8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

O SUS está estruturado em redes regionalizadas e hierarquizadas e atua em todo o território nacional, com direção única em cada esfera de governo, voltado ao atendimento integral, com prioridades para atividades de prevenção, sem prejuízo dos serviços essenciais, garantindo-se a participação da população (MENDES; BRANCO, 2012).

O SUS é definido na Lei nº 8.080/90, em seu artigo 4º, como: “o conjunto de ações e serviços públicos de saúde, prestado por órgãos e instituições públicas

federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” (BRASIL, 1990).

A Lei supracitada tendo por base o art.198 da Carta Magna estabelece em seu artigo 7º, que o SUS seja norteado pelos princípios de universalidade, equidade, integralidade e organizado de maneira descentralizada, regionalizada, hierarquizada e com participação da comunidade. Mister se faz analisar cada um desses princípios.

O princípio da universalidade refere-se ao acesso por todos ao SUS em todos os níveis: preventivos e curativos, individuais ou coletivos, de complexidades baixa, média e alta.

O princípio da equidade refere-se ao tratamento de forma igualitária a todos, sem qualquer discriminação no acesso do serviço de saúde.

A integralidade é entendida como um conjunto de ações relacionadas entre si, ou seja, todas as ações necessárias a um determinado tratamento são oferecidas.

A descentralização, associada à direção única em cada esfera do governo, redefine responsabilidades entre os entes, realçando a importância dos executivos municipais e estaduais na política de saúde. Buscando através desse fortalecimento promover o processo democrático, melhorar a eficiência, a efetividade e os instrumentos de prestação de contas e o monitoramento das políticas públicas de saúde.

A regionalização significa organizar os serviços de saúde em cada região para que a comunidade tenha acesso a todos os tipos de atendimento. Quando recebido pelo sistema de saúde, o cidadão será encaminhado para um serviço de saúde de referência daquela região.

Pelo caráter regionalizado do SUS, os entes federativos têm a competência em comum para a prestação da saúde. O art. 23, II, da Constituição, prevê que União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde junto à pessoa humana e à coletividade. Para sua efetiva concretização, a forma de seu financiamento passa a ser essencial, especialmente aos Municípios (MENDES; BRANCO, 2012).

Verifica-se, então que o financiamento e a efetivação da saúde são de responsabilidade comum de todos os entes federativos, em consonância com a descentralização referida na Lei Orgânica de Saúde, podendo a iniciativa privada

participar do SUS, atuando de forma complementar, conforme o artigo 199, §1º da CRFB/88, artigo 4º, §2º e artigo 24 e seguintes da Lei nº 8.080/90.

A rede hierarquizada estabelece a forma da prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e emprego otimizado dos recursos (OLIVEIRA, 2015).

A participação da comunidade é a garantia de que a população, por intermédio de suas entidades representativas, possa participar da formulação de diretrizes e prioridades da política de saúde, da avaliação da execução da prestação de saúde, da fiscalização da destinação dos recursos orçamentários destinados às ações e serviços de saúde. São exemplos de participação social na saúde, os conselhos e as conferências de saúde, as consultas e audiências públicas.

Entretanto, há muitos desafios para tornar esses princípios do SUS uma realidade, pois falta vontade política dos governantes em efetivá-los. Nesse contexto, José Renato Nalini (2013, p.200) afirma que entre o sistema único propiciador de saúde integral para todos e a situação verificada nos hospitais, prontos-socorros e centros de atendimento à saúde em todo o país há uma distância intransponível.

Confirmando essa realidade do SUS, preleciona Oliveira:

No que se refere à assistência hospitalar no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Tribunal de Contas da União realizou amplo diagnóstico em 116 hospitais do SUS, que reúnem 27.614 leitos, em todos os estados da Federação. Foram identificados problemas graves, complexos e recorrentes, tais como, insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação. (OLIVEIRA, 2015, p.65).

Diante disso, verifica-se que apesar do SUS ser considerado uma política de Estado e a principal política sanitária, ele é uma promessa constitucional descumprida, visto que tem se mostrado um sistema falho, ineficiente.

Os entes federativos não cumprem com a destinação de percentuais mínimos para o setor da saúde, razão pela qual faltam recursos ao SUS e a pessoa humana e toda a coletividade tem seu direito humano à saúde violado. São hospitais superlotados, demora no atendimento, carência de profissionais, falta de

medicamentos, estrutura física inadequada, dentre tantos outros problemas no cenário atual da saúde brasileira.

Por isso, o Poder Judiciário tem atuado, através de suas decisões, a fim de tornar real o direito fundamental à saúde, que por ser um direito essencial à vida e a dignidade da pessoa humana, não pode deixar de ser concretizado pela omissão ou ineficiência do Poder Executivo.

3 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O presente capítulo abordará os conceitos de ativismo judicial e judicialização, bem como a diferença entre eles. Após isso, analisará a atuação do Poder Judiciário na implementação do direito à saúde e as críticas a essa postura proativa, também mostrará as perspectivas para o ativismo judicial no Brasil. Por fim, será apresentado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a atuação do Conselho Nacional de Justiça acerca do aumento das demandas judiciais em matéria de saúde.

3.1 ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS PERSPECTIVAS PARA O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

As discussões sobre o ativismo judicial tiveram início nos Estados Unidos, quando a Suprema Corte, em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, afirmou o seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis. Sobre a temática, segue:

Em 1803, na discussão sobre o empossamento de Willian Marbury como juiz de paz, de acordo com a designação feita pelo então presidente John Adams, às vésperas de deixar seu cargo, a Suprema Corte, por decisão do Chief Justice Marshall, afirma que, embora a nomeação de Marbury fosse irrevogável, o caso não poderia ser julgado pela Corte. É declarada inconstitucional, portanto, a seção 13 do Judiciary Act – que atribuía competência originária à Suprema Corte para tanto –, sob o fundamento de que tal disposição legislativa ampliava sua atuação para além do que havia sido previsto constitucionalmente, no Article III. Com isso, por uma decisão judicial no julgamento de um caso, surgiu o controle de constitucionalidade (judicial review) norte-americano. Refira-se: a Constituição não conferia expressamente este poder de revisão dos tribunais sobre a legislação do Congresso. Dá-se início, assim, às discussões sobre ativismo judicial em solo norte-americano. (TASSINARI, 2013, p.23)

Assim, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1803, na decisão *Marbury versus Madison* afirmou seu poder de declarar o controle de constitucionalidade, revendo os atos legislativos que de acordo com sua interpretação fossem inconstitucionais. Observa-se, então, que esse caso pode ser considerado como o

começo do ativismo judicial, a decisão do juiz John Marshall ao julgar conforme os valores da Constituição, considerando esta a lei suprema, serviu como referência para o controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Conforme Luís Roberto Barroso (2012) a Constituição não conferia a nenhum órgão judicial de forma explícita tal competência. O juiz John Marshall, ao apresentar suas razões, enunciou os fundamentos que embasam o controle judicial de constitucionalidade que são: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que a contrarie e o Poder Judiciário como o intérprete final dela.

Para o mesmo autor, o ativismo judicial é um termo oriundo dos Estados Unidos, sendo utilizado, principalmente, para qualificar a atuação da Suprema Corte “conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais”. (BARROSO, 2012, p. 427).

As expressões ativismo judicial e judicialização são algumas vezes usadas como sinônimas, visto que ambas indicam uma maior atuação do Poder Judiciário. Assim, mister é fazer a distinção entre elas.

Nesse contexto, Barroso (2012, p.25) explica que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas”.

O referido autor entende que na judicialização, questões de grande relevância política, social ou moral estão sendo apreciadas, em caráter definitivo, por órgãos do Poder Judiciário. Tratando-se, assim, de “uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.” Ele também assevera que a judicialização decorre do “desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário”. Assim, uma vez submetida à ação adequada aos órgãos do Poder Judiciário, cabe a esses se pronunciarem sobre a questão (BARROSO, 2012, p.425 - 427).

Conforme contribuição do mesmo doutrinador, o ativismo judicial é “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Ele é invocado, geralmente, em casos de inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, que provocam “certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2012, p.428).

A distinção entre o ativismo judicial e a judicialização, segundo Streck (2014, p. 7), é que “enquanto se tem no ativismo judicial a feição promotora dos fins sociais (*pro*) postos na Constituição, na judicialização, encontra-se um movimento migratório do poder decisório próprio do Legislativo para o Judiciário”.

Há ainda o oposto do ativismo que é a autocontenção judicial, essa conforme Barroso (2012, p.428 - 429) é a “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes.”. Ele diz que a principal diferença entre as duas posições é que “o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional”, já na autocontenção há um maior “espaço à atuação dos poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”.

Nessa senda, acrescenta Barroso que pela linha da autocontenção judicial, juízes e tribunais:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil (BARROSO, 2012, p.26).

A teoria da autocontenção é adotada por aqueles que refutam a legitimidade do Poder Judiciário para decidir em questões de caráter político, visto que seus membros não foram escolhidos pelo povo. Os defensores dessa teoria também criticam a crescente intervenção do Poder Judiciário, pois para eles o ativismo judicial representa uma afronta ao princípio da separação dos poderes.

A respeito das críticas feitas à expansão da atuação do Poder Judiciário, Luís Roberto Barroso (2012, p.429-431) declara que as três principais objeções referem-se: ao aspecto político-ideológico, este é baseado no argumento de que os membros do Judiciário não foram escolhidos pela vontade popular, questionando-se, assim, a sua legitimidade democrática; a capacidade institucional, que se refere à palavra final ser do Poder Judiciário em caso de divergência com os demais Poderes na interpretação da Carta Magna; e na limitação do debate, uma vez que o direito como toda ciência tem linguagem e métodos de argumentação próprios. Segundo o mencionado autor, “o domínio desse instrumental exige conhecimento técnico e treinamento específico, não acessíveis à generalidade das pessoas”, e a

transferência do debate público para o Judiciário traz “uma dose excessiva de politização dos tribunais”.

Pois bem, após essa análise das formas do protagonismo judicial e das críticas a essa expansão judicial, mister se faz analisar a atuação do Poder Judiciário no cenário brasileiro.

Barroso (2012) indica como causas da judicialização no ordenamento jurídico brasileiro: a redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu a atuação do Poder Judiciário, a constitucionalização abrangente e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Oliveira (2015, p.79 - 80) assevera que após a Constituição de 1988, o Poder Judiciário tem vivenciado um “expressivo processo de judicialização da política como resultado da constitucionalização dos direitos e das políticas públicas e também devido às mudanças nos papéis institucionais do Ministério Público.”.

Nesse entendimento, Arantes (1999, p. 231) afirma que “o modelo constitucional delega ao Poder Judiciário e ao Ministério Público a tarefa de proteger os direitos e interesses individuais bem como a garantia de direitos coletivos e sociais”. Por isso, os cidadãos têm buscado uma solução judicial para concretizar os seus direitos constitucionalmente assegurados.

Mister destacar que os escândalos vivenciados pelos Poderes Executivo e Legislativo diminuem a credibilidade desses perante a sociedade, visto que parte de seus membros estão envolvidos com suspeitas de prática de corrupção. Em razão disso, os cidadãos depositam sua esperança no Poder Judiciário, recorrendo a ele para a efetivação de direitos constitucionalmente assegurados e que por isso não podem ser suprimidos ou violados pela inércia dos seus representantes políticos.

O ativismo judicial geralmente ocorre pela omissão dos demais Poderes, por exemplo, o Executivo que tem como dever constitucional tornar efetivos os direitos sociais através das políticas públicas, mas não tem as implementados. Essa inércia pode colocar em risco a integridade da própria ordem constitucional.

Outrossim, o Poder Judiciário não pode negar-se a julgar a ação que a ele foi submetida com o embasamento no princípio da separação dos poderes, não podendo ficar inerte diante da falta de uma proposta legislativa ou de omissão do Executivo na concretização dos direitos humanos fundamentais.

Mais ainda, a pessoa humana não pode ter seus direitos básicos negados, sendo que para ter uma existência digna, precisa ter seus direitos fundamentais efetivados, ainda que seja pela via judicial.

Conforme Luís Roberto Barroso pode ser verificado uma postura ativista pelo STF, quando:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo;
- b) 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador — como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município — como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde. (BARROSO, 2012, p.428)

Verifica-se, então, que o STF tem atuado de maneira ativista, decidindo sobre questões políticas, sociais e morais que são relevantes para toda a população. Percebe-se que a Suprema Corte tem abdicado de uma postura meramente técnica e assumido uma função política, dialogando com a sociedade, buscando dar efetividade aos princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal, que não podem ser violados pela inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

3.2 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito à saúde exige para sua efetivação uma atuação do Estado, devendo este criar condições materiais e institucionais por meio de normas legislativas e executivas que viabilizem o seu exercício por seus titulares. Entretanto, os Poderes Legislativo e Executivo não cumprem com os seus deveres constitucionais, sendo evidente a constante inércia desses poderes.

Conseqüentemente, os cidadãos depositam suas expectativas no Poder Judiciário, ocorrendo assim uma transferência de responsabilidades a esse poder,

que diante da omissão dos demais, atua para que os direitos assegurados na Lei Maior não se tornem apenas uma promessa constitucional.

Portanto, é comum que haja uma invocação jurídica para que o dever constitucional de promoção e proteção da saúde seja cumprido. Ora, são notórias as falhas na prestação da saúde, como exemplo, carência de médicos, falta de medicamentos e atendimento insatisfatório.

Assim, destaca-se o aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas de saúde. Tendo em vista que a constitucionalização destas pode contribuir para o fenômeno da judicialização da política no Brasil.

Entretanto, o Poder Judiciário vem sendo duramente criticado por estar exercendo um controle judicial sobre as políticas públicas. As principais críticas referem-se à desigualdade quanto ao acesso à justiça, o desrespeito ao princípio da separação dos poderes e o caráter antidemocrático dessa intervenção.

A desigualdade quanto ao acesso à justiça refere-se à dificuldade que pessoas menos esclarecidas e sem poder aquisitivo em geral possuem para procurar o Judiciário, assim “somente seria atendido os interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação” (OLIVEIRA, 2015, p.86).

Em vista da desigualdade quanto ao acesso à justiça, haveria um consequente aumento na desigualdade social, uma vez que “partindo do princípio de que o acesso à justiça ocorre em maior parte pela classe média, a tutela concedida aumentaria ainda mais a concentração de renda a dita classe, em prejuízo aos menos favorecidos” (SUZIN, 2012, p.37 - 38).

Souza Neto (2010, p. 534) critica esse argumento, afirmando que isso incorre numa falácia, pois a desigualdade de acesso acaba sendo utilizada para “negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. Ao invés de apontar soluções a um acesso mais amplo ao Judiciário, opta-se por podar de todos o acesso, o que não seria razoável”.

No que se refere à alegação de que a intervenção fere o princípio da separação dos poderes por representar uma interferência indevida do Poder Judiciário em matérias que teriam sido constitucionalmente designadas ao Legislativo ou ao Executivo, a doutrina não é pacífica. Há divergências se essa

atuação em prol da realização dos direitos elencados na Constituição Federal ofende a separação dos poderes.

Nesse sentido, Oliveira (2015) declara que a ofensa ao princípio da separação dos poderes é a alegação mais forte utilizada para justificar a oposição à atuação ativista do Judiciário na efetivação dos direitos de cunho prestacional, como o direito fundamental social à saúde.

Para Souza Neto (2010), a atuação do Judiciário em questões sociais representaria uma usurpação de competências dos Poderes Legislativo e Executivo, devendo o Judiciário apenas “aplicar as normas que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado. Não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas” (SOUZA NETO, 2010, p.520).

Conforme Mendes (2012, p.715), não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas de saúde, sendo sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos atribuídos dessa competência atendem aos comandos constitucionais do acesso universal e igualitário.

É importante destacar o valioso ensinamento de Krell (1999, p.252):

O vetusto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal. O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”.

Assim, conforme o referido autor é necessário uma releitura do princípio da separação dos poderes como forma de proteger os direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal.

Nesse contexto, Fischer (2004, p. 280 - 281) declara que:

[...] Não podemos admitir é a tese de que a Constituição é norma e, na prática, assemelhá-la a uma folha de papel, com a alegação de que o princípio da separação dos poderes não permite que o Judiciário tome, espontaneamente, atitudes próprias de outros órgãos, na omissão destes. Afinal, este princípio deve servir à Constituição e aos direitos fundamentais e não ser um fim em si mesmo.

Portanto, em razão da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em cumprirem os mandamentos constitucionais, o Judiciário pode atuar para garantir a efetividade dos direitos assegurados constitucionalmente.

Para Barboza e Kozicki (2010, p. 73-74), a partir do momento em que as políticas públicas são os instrumentos por meio dos quais os direitos fundamentais sociais realizam-se, o assunto é de interesse constitucional, sendo, portanto, sujeito ao controle do Judiciário, conforme os autores: “pensar em sentido contrário consistiria em retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político, desprovido de normatividade, algo inaceitável em um Estado Constitucional e Democrático de Direito”.

Segundo Barboza (2007, p. 9), o Poder Judiciário deve ter um papel ativo na vida política e social do país, “interpretando os direitos sociais prestacionais de forma a lhes dar a maior efetividade possível, como única forma a se alcançar a justiça e a democracia, erigindo o Brasil a um verdadeiro Estado Democrático de Direito”.

Mister é destacar a contribuição de Barcellos (2011, p. 271) quanto ao tema em debate. A mesma elenca as razões que conferem legitimidade a atuação do Poder Judiciário:

a) foi criado pela Constituição Federal, derivando dali sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; b) a cúpula do Judiciário é formada pela vontade conjunta do Executivo e Legislativo, o que lhes dá considerável grau de representatividade; c) possuem os magistrados um conjunto de prerrogativas que lhes dão independência em seu agir; d) a atividade jurisdicional se desenvolve com escoro em enunciados normativos, frutos de manifestações majoritárias. Somado a isso, tem ele o dever de prestar contas pública e motivadamente de suas decisões; e) a decisão judicial não decorre de uma vontade única, final e acabada. Pode ser revista por órgãos superiores, oportunizando-se a correção de eventuais erros; f) o processo judicial é mais participativo que qualquer outro processo político, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e g) os grupos minoritários sempre terão acesso ao Judiciário para a proteção de seus direitos.

Assim, a legitimidade da atuação do Judiciário decorre da própria Constituição, a cúpula desse poder é escolhida pelos representantes eleitos pelo povo, os juízes têm prerrogativas que garantem uma maior independência e imparcialidade na sua atuação, sendo esta pautada nos preceitos constitucionais.

Conforme Mello (2004, p. 232), a resposta para essa oposição quanto à atuação judicial está no encontro do equilíbrio, pois “não se pode tolerar a

supremacia de um parlamento indiferente ao programa constitucional, nem tampouco restringir aos juízes o monopólio da interpretação constitucional asfixiando a cultura republicana”.

Quanto a essa intervenção do Poder Judiciário na esfera de competência dos outros poderes, com a finalidade de garantir a supremacia e a integridade do texto constitucional, é de suma importância a análise do posicionamento da jurisprudência.

Nesse sentido, o ministro e relator Celso de Mello proferiu decisão emblemática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45 a respeito do controle judicial de políticas públicas. Ele sustentou que formular e implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo.

Outrossim, ressaltou que, excepcionalmente, é possível atribuir essa incumbência aos membros do Poder Judiciário quando os demais Poderes não cumprirem com seus deveres político-jurídicos, pois essa inércia pode colocar em risco a eficácia e a integridade da ordem constitucional.

Conforme o exposto, merece destaque o seguinte fragmento da sustentação do Ministro relator Celso de Mello, na ADPF 45/DF:

[...] Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (BRASIL.STF, 2004)

A decisão da ADPF nº 45 serviu para estabelecer parâmetros para a atuação judicial em políticas públicas. De acordo com o paradigma adotado, existem três circunstâncias em que é possível a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, são elas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas para a existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, sob a ótica administrativa, no caso de a omissão ou a política configurarem-se injustificadas. Em todas essas situações é preciso que se tenha verba pública para a implementação das medidas necessárias.

Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população. Conforme Teixeira (2012, p.9), o ativismo judicial é “uma patologia constitucional cada vez mais necessária, desde que seja na sua vertente positiva, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado”.

A interferência judicial no caso do direito fundamental à saúde pode decorrer da omissão legislativa, quando há inércia em regulamentar determinada questão específica ligada a esse direito; da omissão administrativa, no caso descumprimento da legislação que regulamenta o direito à saúde; e de obscuridade, contradição ou excesso em sede legislativa ou administrativa, por exemplo, a regulamentação do direito restrinja de modo não constitucionalmente fundamentado o direito à saúde (MÂNICA, 2011).

Portanto, a atuação judicial tem sido muito importante para a efetivação do direito à saúde, que necessita de implementação de políticas públicas. Todavia, o controle judicial dessas políticas acaba recebendo críticas, dentre essas está à alegação da interferência em questões da competência de outros poderes.

Isso não merece prosperar, pois diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário tem atuado com a finalidade de garantir a ordem constitucional, assim é legítima a atuação judicial na efetivação do direito fundamental à saúde. Vale ressaltar que essa intervenção deve estar pautada em critérios objetivos, assim, os membros do judiciário devem decidir de forma ponderada e racional.

A respeito dos critérios utilizados pelos magistrados nas suas decisões referentes ao direito à saúde, mister se faz analisar o posicionamento do STF e a atuação do Conselho Nacional de Justiça sobre essa questão, é, assim, o que se faz na sequência.

3.3 O POSICIONAMENTO DO STF E A ATUAÇÃO DO CNJ NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A atuação judicial esteve, durante muito tempo, pautada no convencimento pessoal dos magistrados. Sem uma padronização dos limites da decisão judicial ou sem um debate mais aprofundado sobre as questões de saúde. “O resultado foi uma relevante ampliação dos serviços de saúde pela via judicial. O reconhecimento do dever do Estado de concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/AIDS é um exemplo disso” (OLIVEIRA, 2015, p. 95 - 96).

Assim, o crescente protagonismo judicial em matéria de saúde trouxe a necessidade de se estabelecer critérios por parte do Poder Judiciário. O STF e o CNJ têm atuado nesse sentido, estabelecendo parâmetros e diretrizes à atuação judicial em questões relativas à saúde.

O STF tem definido os contornos do direito de proteção à saúde em diversas decisões, por exemplo, sobre “fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTIs e de leitos hospitalares, contratação de servidores da saúde, realização de cirurgias e exames” (MENDES; BRANCO, 2012 p.718).

Verifica-se que os Tribunais brasileiros em inúmeras decisões estão condenando o Estado a fornecer gratuitamente medicamentos, tratamentos e cirurgias, e no caso de descumprimento da ordem judicial, tem se a aplicação de multa diária que deve ser paga pelo Poder Público.

O ministro Gilmar Ferreira Mendes explica que a judicialização do direito à saúde, devido sua importância, envolve os operadores do direito, os gestores públicos, os profissionais das áreas de saúde e a sociedade civil como um todo. (MENDES; BRANCO, 2012, p.721). O referido ministro no agravo regimental de suspensão de tutela antecipada n° 175, declara:

[...] As decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes, contrastante com a política estabelecida pelos governos para área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (BRASIL.STF, 2010)

Posto isso, diante da existência de um grande número de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde, houve a convocação, pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, de uma audiência pública sobre a saúde. Ela contou com a participação da sociedade civil, o que demonstra um diálogo entre o judiciário e os cidadãos, fortalecendo assim o regime democrático.

Na audiência pública nº 4, que ocorreu entre os dias 27-29 de abril e 4-7 de maio de 2009, foi reconhecida a complexidade da interpretação e aplicação do direito fundamental à saúde e a sua dependência de juízos de ponderação que considerem todas as circunstâncias dos casos concretos.

Com base na experiência apreendida nessa audiência pública, o STF entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil e estabeleceu, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, alguns parâmetros essenciais à solução judicial de casos concretos que envolvem esse direito. (MENDES; BRANCO, 2012).

O primeiro dado a ser considerado, segundo Mendes (2012), é verificar se a prestação de saúde pleiteada pela parte encontra-se entre as políticas do SUS. Para ele, em caso afirmativo o Judiciário não está criando nenhuma política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. O direito subjetivo público a essa demanda é evidente.

Além disso, se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é necessário distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Outrossim, deve-se ter o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (MENDES; BRANCO, 2012).

O segundo dado a ser considerado, conforme o referido doutrinador, é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Nessa hipótese, pode ocorrer uma situação em que o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado ao quadro de saúde de determinado paciente.

Para ele, como regra geral, “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.

Ademais, poderá ocorrer outra situação em que o SUS não dispõe de nenhum tratamento específico para certa patologia. Destaca-se que o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamentos puramente experimentais, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia. (MENDES; BRANCO, 2012).

Assevera-se ainda que há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, contendo as especificidades do caso concreto, para que assim, o magistrado não concilie a dimensão subjetiva com a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde (MENDES; BRANCO, 2012).

Através dos parâmetros fixados pela STA 175, diversos medicamentos e tratamentos médicos de alto custo e que antes não eram oferecidos pela rede pública foram garantidos pelo STF. Um dos critérios decisivos para a decisão é o risco da negação do bem postulado resultar em danos irreparáveis à saúde e à vida dos pacientes (CORDEIRO, 2012).

Devido ao elevado número de demandas referentes ao direito à saúde e do impacto dos gastos decorrentes delas sobre os orçamentos públicos, o CNJ decidiu incentivar um debate nacional sobre a questão com a construção de soluções de ordem prática para permitir aos magistrados que conheçam melhor os assuntos sobre os quais estão decidindo.

Nas discussões da audiência de 2009 foram constatadas carências e disfunções que resultam das demandas de saúde que afetam a eficiência da prestação jurisdicional e a qualidade das políticas públicas existentes, tais como: a falta de especificação pelo autor do seu quadro de saúde aos magistrados; a generalizada concessão de provimentos judiciais de urgência e falta de conhecimento específico pelos magistrados a respeito das questões técnicas referentes à saúde.

A partir dos resultados dessa audiência pública, o CNJ designou, pela Portaria 650 de novembro de 2009, uma equipe de trabalho formada por magistrados e especialistas para realizar trabalhos e propor medidas visando aperfeiçoar a atuação judicial na prestação da saúde.

Os trabalhos dessa equipe influenciaram de forma decisiva o CNJ. Ele aprovou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a prestação da saúde. Em abril do mesmo ano publicou a Resolução 107, que instituiu o Fórum Nacional do

Judiciário para a Saúde. A fim de subsidiar com informações e estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais referentes à saúde (OLIVEIRA, 2015).

Segundo informações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2014), até 2011 foram 240.980 demandas nos Tribunais federais e estaduais relacionadas à saúde. Já no ano de 2014, a quantidade de demandas aumentou para 330.630. Essas ações podem causar um forte impacto no orçamento público, principalmente, tratando-se da concessão de medicamentos e tratamentos de elevado custo.

Verifica-se, então, que diante da omissão do Poder Executivo em implementar políticas públicas de saúde, o Poder Judiciário tem atuado para garantir a efetividade desse direito e com isso proteger a ordem constitucional.

Contudo, essa atuação proativa dos magistrados pode gerar uma forte tensão com os demais poderes que são compelidos a dar efetividade ao direito fundamental à saúde, geralmente, de maneira diversa da estabelecida pela política do governo e, algumas vezes, além das possibilidades orçamentárias. Diante disso, percebe-se que o ativismo judicial na saúde, encontra uma limitação de natureza financeira, é sobre essa questão que se debruçará o próximo capítulo.

4 ORÇAMENTO, RESERVA DO POSSÍVEL E OS NOVOS RUMOS DO ATIVISMO JUDICIAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Esse capítulo analisará o custeio dos direitos e a teoria da reserva do possível. Após isso, abordará a interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária. Por fim, será analisado o impacto do ativismo judicial no orçamento público.

4.1 CUSTOS DOS DIREITOS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Para melhor compreender a questão do custeio dos direitos, deve-se fazer a distinção entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais à prestações, também chamados de direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde.

Os direitos fundamentais à prestações, ao contrário dos direitos de defesa, “dependem para sua efetivação de uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimento e previsão orçamentária”. (MÂNICA, 2007, p. 175).

Os direitos de defesa por serem, principalmente, voltados a uma conduta omissiva do Estado, são comumente “considerados destituídos da dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem pode ser assegurado (como direito subjetivo exigível em Juízo) independentemente das circunstâncias econômicas” (FIGUEIREDO; SARLET, 2013 p. 27).

Ainda a respeito da dimensão econômica dos direitos, importante é o ensinamento de Gustavo Amaral (2009, p.73), segue: “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização estatal jusfundamental”.

Portanto, percebe-se que até mesmo os direitos de defesa geram um custo ao Estado. Todavia, os direitos que possuem um caráter prestacional, geram ônus financeiro maior ao Poder Público, visto que necessitam para sua materialização da

implementação de políticas públicas, a exemplo do direito à saúde que se realiza através de políticas sociais e econômicas de saúde.

Nesse sentido, destaca-se que “embora a dimensão economicamente relevante seja comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância à efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações” (FIGUEIREDO; SARLET, 2013, p.27)

Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 241) assevera que “cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros”. Assim, além de se supor recursos financeiros disponíveis, há um custo específico para cada um dos direitos fundamentais sociais.

Assim, a construção e manutenção de hospitais, contratação de profissionais da saúde, compra de equipamentos hospitalares são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde. Além disso, o custo dos direitos sociais também se modifica conforme a necessidade de cada pessoa humana. Nesse sentido destaca-se que:

Nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados. E isto porque ao garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente uma prestação positiva que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo (etnia, gênero, geográficos). (LOPES,2013, p.518)

Em vista disso, o serviço de saúde tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto. Importante ressaltar que a realização dos direitos sociais encontra óbice na ordem econômica, tendo em vista que os recursos são escassos, não há o suficiente para suprir a demanda de todos.

Por essa razão, é necessária a alocação dos recursos com “atenção ao custo dos direitos, às prioridades constitucionais e à aplicação de políticas públicas idealizadas como as mais adequadas à realidade”. (OLIVEIRA, 2015, p.111).

Nesse contexto, Luís Roberto Barroso (2014, p.24) assevera que “se tratam de escolhas difíceis, pois investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros”.

Percebe-se, assim que a alocação de recursos envolve a escolha do que priorizar e do que deixar de investir em outro setor. Podendo essa escolha trazer sérias consequências para a sociedade. Senão, veja-se:

Com efeito, uma escolha trágica diz respeito a como gastar os insuficientes recursos: Por exemplo, a Secretaria Estadual de Saúde de um dado Estado deveria alocar os recursos na campanha contra cigarro ou para construir hospitais? Ou não seria mais recomendável pagar melhor os médicos ou então contratar novos servidores? Ou quem sabe não deveria ser investido em prevenção de acidentes de trânsito, dado o custo social dos acidentes? A solução desse problema não se dá pelo melhor argumento (retoricamente falando). Somente uma cuidadosa análise de custo-benefício de cada gasto, de cada política pública alternativa, feita por economistas, médicos, gestores, pode indicar o melhor caminho, aceitando-se a triste premissa de que nem tudo estará protegido (TIMM, 2013, p. 60-61).

Assim, a solução deve estar comprometida não só com a melhor argumentação, mas também com o resultado de atender de modo mais abrangente um maior número de pessoas que necessitam das prestações sociais para poderem ter uma existência digna. Todavia, deve-se compreender que os recursos são insuficientes para atenderem todas as demandas da sociedade.

Logo, em face de uma comprovada escassez de recursos, o Estado deve implementar uma política de definição de prioridades, através de “escolhas e opções políticas seletivas, bem como as necessidade e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais”. (NOVAIS, 2010, p. 91).

Pois bem, diante da constatação de que os direitos sociais têm custos, os recursos financeiros não são suficientes, sendo impossível a efetivação de todos esses direitos simultaneamente, a doutrina passou a defender a teoria da reserva do possível, segue:

A reserva do possível decorre da constatação da existência da escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais; e cada indivíduo, ao fazer suas escolhas e eleger suas prioridades, tem que levar em conta os limites financeiros de suas possibilidades econômicas. (SCAFF, 2012, p.574).

Desse modo, a reserva do possível origina-se da comprovada escassez dos recursos financeiros. Uma vez que estes são finitos, não são suficientes para atender as inúmeras necessidades da pessoa humana e da sociedade. Assim, ainda que a pretensão de prestação seja razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser de meios econômicos para isso.

Sarlet (2012, p. 287) assevera que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange: a efetiva existência de recursos, a disponibilidade jurídica dos recursos, a razoabilidade daquilo que se está postulando. Por isso, “não

haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”.

Vale ressaltar que reserva do possível é diferente da impossibilidade técnica. Haverá esta última quando, por exemplo, “um medicamento ainda estiver sendo produzido em caráter experimental. Haverá escassez quando a produção atinge o nível industrial, mas ainda é insuficiente para atender a todos os consumidores” (SCAFF, 2012, p. 575).

Wang (2008, p. 540) afirma que “há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais, que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado, ou seja, da cobertura financeira e orçamentária”.

Para Jorge Reis Novais (2010, p. 92) “a reserva do possível implica em um limite fático ao Estado à prestação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, não pode ser buscado aquilo que não existe”.

Conforme Fernando Borges Mânica (2007, p.181-182): “a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa são consideradas como limites à efetivação de direitos fundamentais sociais”.

Verifica-se, então que os direitos fundamentais sociais para terem efetividade dependem da existência de recursos financeiros suficientes para sua realização. Todavia, o Poder Público utiliza-se, algumas vezes, da reserva do possível como justificativa para não cumprir com o seu dever constitucional, o que nem sempre merece prosperar, salvo se ele realmente comprovar a insuficiência de recursos.

Por isso, é necessário analisar cuidadosamente para saber se o caso para a não efetivação do direito é a ausência de vontade política ou realmente falta de recursos financeiros, visto que esses são finitos. Nesse sentido, para uma melhor reflexão desse tema, importante é a seguinte contribuição:

No Brasil, o acúmulo de denúncias de corrupção, de malversação do dinheiro público e também do mero desperdício e da falta de planejamento na gestão do interesse público, constrói o senso comum de que existem recursos para todas as necessidades sociais e, se eles não aparecem para supri-las é porque foram roubados ou desviados. A mídia contribui em boa parte para corroborar esse ideário de que existem recursos públicos infinitos e que os gastos são sempre realizados de forma propositadamente errada ou que os recursos são desviados antes mesmo de sua utilização. Na verdade, tudo isso ocorre: corrupção, má utilização dos recursos, perdas consideráveis por total falta de planejamento. Em se tratando de saúde pública, é possível afirmar que os recursos jamais serão suficientes para

suprir todas as necessidades dos duzentos milhões de cidadãos brasileiros. (CARLINI, 2014, p.123)

Desse modo, enfatiza-se, novamente, que os recursos são finitos e que não são suficientes para realizarem todas as pretensões almeçadas. O que se verifica, principalmente, na saúde pública, área em que há um enorme gasto com tratamentos, medicamentos e cirurgias, com tendência à demanda crescente.

Observa-se que atualmente, as decisões judiciais têm exigido do Poder Público a real comprovação de ausência de recursos financeiros, não aceitando somente a mera alegação da falta desses. Acerca disso, merece destaque o posicionamento do Ministro Celso de Mello na ADPF n°45:

[...] A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL. STF, 2004)

Diante do que foi analisado, verifica-se que os direitos fundamentais sociais exigem uma prestação positiva do Estado para a sua realização e isso implica em custos financeiros impostos ao Poder Público, que somente poderá concretizá-los se tiver recursos suficientes.

Logo, a efetivação dos direitos sociais depende do vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e, se comprovada a incapacidade econômico-financeira do Poder Público, desse não se poderá razoavelmente exigir.

Assim, em razão da relevância do direito fundamental à saúde e do custo financeiro para a sua realização, entende-se que ele interfere diretamente nas escolhas das destinações dos recursos públicos.

Desse modo, deve-se levar a sério a questão da capacidade econômica do Estado para que se tenha um equilíbrio entre orçamento e saúde pública. Contudo, a teoria da reserva do possível não deve ser utilizada como justificativa para a omissão do Poder Público, ela deve ser aplicada somente diante da comprovada inexistência de recursos.

Isto posto, pode-se dizer que o ativismo judicial em relação ao direito fundamental social à saúde encontra óbice de ordem financeira. Assim, a teoria da reserva do possível é um limite fático, pois os recursos financeiros são finitos, logo não pode ser exigido àquilo que não existe. Esse limite implica na análise da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, que será discutida no tópico a seguir.

4.2 JUSTICIABILIDADE DAS ALOCAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

Como já foi analisado, os direitos sociais possuem custos e os recursos são escassos. Em virtude disso, a tributação torna-se necessária como fonte de financiamento desses direitos.

Scaff (2012) explica que “a receita pública advém em sua maior parte das receitas tributárias e que esta arrecadação no Brasil atual atinge quase 34% do PIB”. Assim sendo, a sociedade deve se voltar “para o gasto público, para as escolhas que devem ser democraticamente feitas no Congresso em prol da sociedade e que, em tese, são feitas pela própria sociedade”. (SCAFF, 2012, p, 570).

Portanto, é importante verificar além da arrecadação, a destinação que terão esses recursos, pois eles são essenciais na realização de direitos fundamentais. Assim, a sociedade deve levar a sério a questão orçamentária, pois será diretamente impactada.

Visto que a concretização dos direitos fundamentais exige a alocação de recursos públicos, cuja distribuição é disciplinada em atos normativos aprovados

pelo Poder Legislativo, questiona-se, então, se o Poder Judiciário pode interferir em matéria orçamentária com a finalidade de garantir a efetividade de direitos sociais, e uma vez interferindo, se é legítima essa intervenção.

Assim, ao impor tarefas ao Poder Público, em razão de omissão ou inércia, o Poder Judiciário, depara-se com restrições fáticas, decorrentes dos efeitos que a sua decisão pode provocar. Por exemplo, se o magistrado determinar que o Estado pague a realização de certo tratamento médico, que não era adequadamente oferecido pela rede pública, isso só será possível com alterações no orçamento.

Esse tipo de imposição pelo Judiciário ao Estado de algo que não é previsto no orçamento, ocorre por meio de sentenças aditivas que implicam “aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado” (SCAFF, 2013, p.134).

É mister destacar que quando a Constituição Federal trata do princípio da legalidade da despesa (arts. 86, 166, 167 e 169), ela está disciplinando as situações provocadas por iniciativa da Administração Pública. Logo, é vedado que o Poder Público realize despesas ou assuma obrigações além do orçamento (art. 167, II), entretanto, não há incidência dessa norma, quando a realização da despesa decorre de uma decisão judicial (FISCHER, 2004, p.2).

Em razão dessa não incidência do princípio da legalidade e da despesa nas decisões judiciais, pode-se observar que a atuação judicial no que se refere à efetivação dos direitos sociais, como a saúde, encontra óbice econômico para a sua realização apenas no limite fático da reserva do possível.

Importante ainda destacar que a intervenção judicial no orçamento público “tem se verificado através da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros” (VALLE, 2009, p. 109).

Mais ainda, existem precedentes judiciais que determinam que diante da falta de recursos, o custeio da atividade poderá ser extraído da rubrica correspondente à “verba de propaganda”. (OLIVEIRA, 2015, p.121).

Assim, percebe-se, que essa interferência judicial no orçamento público, “expressa uma reação do Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento

da ausência do orçamento e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais” (VALLE, 2009, p.108).

Acentuando a importância da suscitada tentativa de realocação dos recursos escassos, Cunha Júnior (2006, p. 287):

Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.

Assim, conforme o fragmento supracitado verifica-se que a realocação de recursos existentes, retirando-os de outras áreas que privilegiaria certos grupos e autoridades, e colocando-os no setor da saúde, pode ser algo permitido ao Poder Judiciário fazer na atividade do controle das omissões do Poder Público, visto que será direcionado para atender as necessidades essenciais da pessoa humana.

Segundo a lição de Maurício Junior (2007), a interferência judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos deve ser feita através do próprio orçamento. Ele declara que:

Havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido. (MAURICIO JÚNIOR, 2007, p.22)

Conforme o mesmo autor, a referida intervenção judicial leva em consideração a teoria da reserva do possível, pois “permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas” (MAURICIO JÚNIOR, 2007, p.23).

Ainda segundo o referido doutrinador, a intervenção via orçamento minimiza os aspectos, geralmente, considerados como negativos em relação ao controle judicial. Como pode ser verificado através da sua seguinte contribuição:

Em relação ao princípio da separação de poderes, compatibiliza-se a competência judicial com a dos outros órgãos da soberania, atuando o Judiciário apenas residualmente. Também se apresenta razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre a alocação dos recursos. Isto porque, intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial através do orçamento prestigia o princípio democrático. (MAURÍCIO JÚNIOR, 2007, p. 24-25).

Assim, de acordo com a argumentação supracitada, entende-se que se as alocações realizadas pelos demais poderes não atenderem aos ditames constitucionais, o Judiciário poderia determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou até mesmo a inclusão na lei orçamentária seguinte, ou seja, a ele seria permitido interferir dentro do próprio orçamento.

Com isso, compatibilizar-se-ia a competência judicial com a dos demais poderes, atuando o Judiciário apenas residualmente, não ferindo com isso o princípio da separação dos poderes, uma vez que os magistrados não conduziram as políticas públicas, mas apenas determinariam que se atendesse necessidade específica, deixando a escolha dos meios necessários para isso a cargo do legislador e do administrador.

Vale mencionar que a Constituição Federal, no art. 100, prevê uma hipótese de vinculação judicial na alocação de recursos, que é quando a Fazenda Pública é condenada a um pagamento, sendo esta prestação saldada através do orçamento, no sistema constitucional de precatórios.

A respeito dessa vinculação judicial no orçamento público, Maurício Júnior (2007) assevera que:

O raciocínio através do sistema de precatórios revela que existe hipótese explícita de intervenção judicial – ou de criação de vinculações judiciais – no orçamento, e que pode ser estendida a outras violações de direitos fundamentais, bem como permite visualizar certas limitações a essa prática. (MAURÍCIO JÚNIOR, 2014, p.22).

Desse modo, pode ser entendido, conforme o pensamento do referido autor, que se a Constituição prevê uma situação em que há uma vinculação judicial na alocação de recursos através do sistema de precatórios quando ocorre a condenação da Fazenda Pública a pagar determinado valor. Também, deveria essa vinculação no orçamento ser estendida na hipótese de violações aos direitos fundamentais.

Por outro lado, o Poder Executivo argumenta de que cabe a ele eleger as escolhas alocatícias, estando sua atribuição para isso prevista no texto constitucional, “de modo que, naquilo que a Constituição não delimitou taxativamente, a ele cabe decidir, até porque o tema das alocações é tipicamente político” (LEITE, 2011, p.141-142).

No mesmo sentido, Torres (2000, p. 409) aduz que, “caso não exista dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos Poderes Públicos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas determina aos demais Poderes a prática dos atos orçamentários”.

Nesse mesmo entendimento, Leite (2011, p.177) assevera que “o orçamento é lei e como tal deve ser cumprido nos moldes aprovados pelo Legislativo. Logo, permitir a sua alteração por individuais decisões judiciais significa alterar a própria lei e o Judiciário não altera lei”.

Segundo Scaff (2013) o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, senão o de dirimir conflitos nos termos da lei. Esse Poder “não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo é a Reserva do Possível (limite do orçamento).” (SCAFF, 2013, p.152).

Assim, verifica-se que a doutrina não é pacífica quanto à legitimidade dessa interferência judiciária na lei orçamentária, já que cabe ao administrador fazer as escolhas alocatícias e ao legislador aprová-la. Assim, o magistrado deveria decidir em conformidade com as possibilidades previstas no orçamento, não cabendo ao Judiciário alterar a lei por meio de suas decisões.

Já de outra parte, há quem defenda essa intervenção, se as alocações efetuadas pelos demais poderes não estiverem razoavelmente conforme as exigências constitucionais, o Judiciário poderia a depender do caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento.

Percebe-se, desse modo, que ainda não se chegou a uma solução para os casos em que a efetivação de um direito fundamental social, como a saúde, enseja alteração nas alocações orçamentárias.

4.3 A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

As decisões judiciais acerca da saúde levantam alguns questionamentos a respeito da forma de decidir do magistrado, ou seja, se ele julga com critérios pessoais ou de forma objetiva, se moralmente ou conforme a lei.

Para Sarmiento (2007, p.147) “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios, e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos”.

Conforme o mesmo autor há dois pontos que devem ser levados em consideração pelos juízes:

O primeiro deles seria a valorização da argumentação jurídica e da racionalidade prática, pois as decisões adotadas devem ser devidamente justificadas demonstrando que o resultado alcançado é o mais adequado à ordem jurídica e às peculiaridades do caso. Assim, a fundamentação das decisões judiciais, muito mais do que um requisito formal da sua validade, é um pressuposto da sua legitimidade no âmbito do Estado Democrático de Direito. O outro, consiste na valorização e respeito também das regras jurídicas. (SARMENTO, 2007, p.147).

Dessa maneira, as decisões judiciais devem valorizar a argumentação jurídica e a racionalidade prática. Nesse sentido, o art. 93, IX da Constituição Federal trata do dever de fundamentação das decisões judiciais. Na decisão jurídica, o juiz deve fundamentar suas decisões de acordo com a lei e não discricionariamente, fundado em valores pessoais.

Barroso (2014, p.499) aponta três parâmetros para informar a argumentação jurídica: a necessidade de fundamentação com elementos da ordem jurídica que embasem tal ou qual decisão; a necessidade de respeito à integridade do sistema; o peso a ser dado às consequências concretas da decisão, visto que o magistrado não pode ser indiferente à repercussão que decorrerá de sua atuação.

Verifica-se que no caso do direito fundamental à saúde, embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para sua concretização, sua efetivação é um dever constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte do julgador.

Assim as decisões judiciais devem ser pautadas em critérios objetivos, pois o juiz deve ser imparcial e julgar de acordo com o caso concreto, de maneira fundamentada, ou seja, com uma argumentação pautada na lei, não cabendo ao magistrado decidir pela concessão ou não determinado benefício baseado em valores subjetivos. Outrossim, volta-se a salientar, que deve-se levar em consideração os aspectos financeiros em suas decisões, visto que os recursos são finitos.

4.4 DECISÕES JUDICIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO E RESERVA DO POSSÍVEL

Como já foi analisado, por meio das sentenças aditivas, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos. Todavia, os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer aos cidadãos os direitos sociais assegurados constitucionalmente.

Em vista disso, verifica-se que a Administração, muitas vezes, não dispõe dos recursos suficientes para atender essas decisões judiciais sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas. O magistrado, por exemplo, ao decidir que determinado paciente deverá ser atendido, conseqüentemente, acabará privando outros cidadãos de beneficiar-se das verbas da saúde, que são, como dito, finitas.

Assim, “os desvios de fundos para tratamentos ou medicamentos por medida (muitas vezes caríssimos) vai necessariamente retirar fundos de uma política séria de saúde, que beneficiaria um número de pessoas muito maior” (FACURY; NUNES, p.46).

Por isso, pode-se afirmar que existe um conflito entre o direito à vida de um cidadão que recorre ao Judiciário, e o direito à vida de outros cidadãos que dependem do orçamento público para subsistir. O que se dá em vista de que alguns cidadãos acabam sendo privados dos recursos necessários para a satisfação de

suas pretensões, pois esses serão consumidos para atender ao autor de uma demanda individual (OLIVEIRA, 2015, p.151).

Nesse contexto, Scaff (2012, p. 576) afirma que “a tônica das decisões judiciais no Brasil é a implementação dos direitos sociais, mas na verdade atribuem direitos individuais fazendo com que as verbas públicas sejam aplicadas como verdadeiros planos de saúde privados”.

Desse modo, as decisões judiciais acabam por se transformar, involuntariamente, em veículos de uma distribuição de renda pouco equitativa no âmbito da sociedade. É inquestionável que a maioria dos necessitados não tem acesso a um tribunal devido aos altos custos do acesso à justiça, o que restringem a tutela jurisdicional à classe social que tem poder aquisitivo. Dessa maneira, verifica-se, conseqüentemente, um aumento das desigualdades sociais.

Logo, “todos custeiam, sem que tenham decidido fazê-lo, determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável” (BARCELLOS, 2011, p. 323).

Segundo Nunes e Scaff (2012, p. 59), o ativismo judicial, embora tenha uma boa intenção ao dar efetividade aos direitos, está a agravar a desigualdade social brasileira, “permitindo que somente os que têm acesso ao Poder Judiciário se beneficiem de recursos públicos extraídos egoisticamente das políticas públicas destinadas ao conjunto da população, especialmente a pobre”.

Assim, a respeito das demandas judiciais em saúde, verifica-se que a escolha do magistrado em julgar procedente determinada ação, causará reflexo na vida de outros cidadãos que não tiveram meios de pleitear judicialmente, além disso, há o comprometimento da verba pública, visto que ao atender a decisão judicial, o Poder Público talvez não terá recursos suficientes para investir em políticas públicas de saúde.

Como será a seguir demonstrado os gastos em saúde só tendem a aumentar, por isso, é importante que os juízes levem em consideração a finitude dos recursos públicos ao impor uma obrigação ao Estado e fundamente sua decisão em critérios objetivos.

O relatório emitido pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde denominado “Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no Âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais”, verificou que as

18 demandas que apresentaram o maior custo para atendimento de ações judiciais (solicitação da mesma tecnologia de saúde em processos judiciais distintos), no ano de 2012, somaram cerca de 278 milhões de reais. Tais valores foram destinados ao atendimento de apenas 523 pacientes, o que denota um desequilíbrio na distribuição dos recursos quando o atendimento ocorre pela via judicial. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2013, p.11).

Mais ainda, a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde identificou que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que promovem. Ainda que não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país, pode-se afirmar com base no que foi apurado nessa pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário, os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, totalizam a quantia de R\$ 949.230.598,54 milhões, ou seja, quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerais, Tocantins e Alagoas (BRASIL, Ministério da Saúde, 2013, p. 21).

Essa Consultoria também relatou que o cumprimento das decisões judiciais pela União se deu das seguintes formas: aquisição pelo próprio Ministério do medicamento ou insumo pleiteado; depósito do valor necessário à aquisição pelo próprio paciente do medicamento ou tratamento médico demandado; repasse aos Estados ou Municípios de parcela do valor do medicamento ou tratamento, quando o paciente é por eles atendido. (BRASIL, Ministério da Saúde, 2013, p. 3).

Segundo o Tribunal de Contas da União, o aumento da quantidade de ações judiciais impetradas com o objetivo de garantir o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias e procedimentos tem preocupado os gestores da saúde nas três esferas de governo. Segundo esses administradores, muitas vezes, o Poder Judiciário despreza fluxos e protocolos existentes, impõe a realização de tratamentos extremamente onerosos e provoca a inversão de prioridades nos gastos com medicamentos, o que gera um grave impacto na programação anual de saúde. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 2014, p.133).

Mister destacar também a pesquisa empírica feita por Bittencourt e Graça (2013) sobre os impactos financeiros diretos da ação do Poder Judiciário sobre o orçamento público no Brasil. Na análise dos dados, eles verificaram que os custos

das sentenças e outras despesas judiciais para todo o orçamento público no Brasil, apresentam tendência crescente em termos reais de 2003 a 2005, tendo crescido 47,16% no período. Também se concentram no nível federal, com 70,26% dessas despesas entre 2003 e 2005, ficando 22,35% no nível estadual e 7,39% no municipal (BITTENCOURT; GRAÇA, 2013, p.203).

Portanto, verifica-se que determinada parcela dos cidadãos brasileiros cada vez mais recorrem ao judiciário, e caso os juízes não analisem de forma racional e objetiva o caso concreto, tal demanda poderá desencadear grande desequilíbrio econômico. Assim, os magistrados devem levar em consideração a posição do Estado, a sua capacidade orçamentária, as demais políticas públicas e os critérios técnicos nas questões da saúde.

Assim, através desses dados, verifica-se que o custeio do direito à saúde tem um forte impacto no orçamento público. Todavia, entende-se que as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, racional e comprometido com os preceitos constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A presente monografia teve o intuito de discorrer sobre o ativismo judicial na promoção do direito fundamental à saúde, analisando os impactos das decisões judiciais no orçamento público e as medidas que podem ser utilizadas de forma a garantir esse direito sem prejudicar a destinação de recursos a outras áreas sociais. Para melhor compreensão desse tema, é mister revisitar fatores decisivos deste trabalho monográfico de forma mais instrutiva.

A Constituição Federal de 1988 assegura a saúde como um direito fundamental social, sob o aspecto formal e material, constituindo-se como um limite a reforma constitucional. No plano infraconstitucional, o direito à saúde é protegido pelo princípio da proibição do retrocesso social. Em virtude disso, o Poder Público não pode restringir nem suprimir os direitos fundamentais e sociais já conquistados.

O direito à saúde é essencial para uma existência digna, assim, deve ser protegido e efetivado. A sua concretização exige uma atuação positiva do Estado, por meio da implementação de políticas públicas. Contudo, constatou-se que o Poder Executivo não cumpre plenamente com esse dever constitucional.

Nesse sentido, verificou-se ainda que a principal política sanitária de saúde, o Sistema Único de Saúde, tem se mostrado um sistema falho, ineficiente. Os entes federativos não cumprem com a destinação de percentuais mínimos para o setor da saúde, razão pela qual faltam recursos ao SUS e a pessoa humana e toda a coletividade tem seu direito à saúde violado.

Desse modo, uma solução encontrada para o não atendimento do direito à saúde, foi a atuação do Poder Judiciário no sentido de implementar as previsões constitucionais.

Essa atuação mais ampla e intensa, como também a postura proativa de interpretar a Constituição Federal, expandindo seu sentido e alcance, caracteriza o ativismo judicial. Dentre outras formas de manifestação desse fenômeno, destaca-se a imposição de condutas ao Poder Público com vistas a implementar as políticas públicas. Através de tais imposições, os juízes procuram assegurar a concretização dos valores e fins dispostos na Lei Maior.

A esse respeito, argumenta-se que a postura ativista estaria usurpando as funções constitucionais destinadas aos legisladores e aos administradores, violando, assim, o princípio da separação dos poderes. Todavia essa crítica não merece prosperar, não devendo possuir força para limitar a intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde quando o mesmo atua em razão da inércia dos demais Poderes.

Assim, pode-se afirmar ser legítima essa postura proativa, visto que possui como finalidade efetivar os direitos consagrados na Carta Magna, protegendo com isso, o princípio da dignidade humana, a democracia, a justiça e a própria ordem constitucional.

Imperioso destacar que diante do crescimento e importância do protagonismo judicial em matéria sanitária, o Supremo Tribunal Federal e o Conselho Nacional de Justiça têm atuado com o objetivo de oferecer parâmetros e diretrizes aos juízes para nortear as decisões em saúde de forma que os julgamentos sejam mais eficientes e objetivos.

Vale ressaltar, nessa senda, a importância da conscientização a respeito da escassez dos recursos. Diante dessa limitação, o Poder Judiciário deve levar em consideração a teoria da reserva do possível, uma vez que suas decisões podem causar um forte impacto no orçamento público.

Como visto no decorrer do presente estudo, os direitos tem um custo ao Estado e os recursos são finitos, assim ao se escolher atender uma demanda judicial, pode-se, como consequência, deixar de investir em algo que também é importante para toda a coletividade. Destaca-se, entretanto, que a questão econômica não pode ser utilizada de forma indevida para impedir a concretização do direito à saúde, assim o Poder Público ao alegar a insuficiência de recursos deve comprovar essa inexistência.

Conforme o exposto, é necessário analisar cuidadosamente para saber se o caso para a não efetivação do direito é a ausência de vontade política ou realmente falta de recursos financeiros, considerando-se sempre a sua finitude.

Logo, conclui-se que a efetivação dos direitos sociais depende do vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado e se comprovada a incapacidade econômico-financeira do Poder Público, desse não se poderá razoavelmente exigir a prestação de serviço relativo à saúde. Verificou-se, assim,

que o ativismo judicial encontra um limite fático-jurídico na questão orçamentária, uma vez que os recursos não são suficientes para suprir todas as demandas sociais.

Nesse contexto, analisou-se a interferência do Judiciário nas alocações orçamentárias, constatando-se que o mesmo determinou a abertura de créditos suplementares no orçamento em curso, bem como a inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros.

A respeito da legitimidade dessa interferência a doutrina não é pacífica, há quem defenda que o magistrado deveria decidir em conformidade com as possibilidades previstas no orçamento, não cabendo ao Judiciário alterar a lei por meio de suas decisões. De outra parte, os favoráveis a essa interferência defendem ser possível à determinação da realocação dos recursos previstos no orçamento pelo Poder Judiciário quando as alocações efetuadas pelos demais poderes não estiverem razoavelmente conforme as exigências constitucionais.

Outro ponto discutido refere-se à atuação do juiz e sua subjetividade no julgamento em razão de valores morais e sociais. Para minimizar as consequências advindas das decisões pautadas em critérios pessoais, uma alternativa seria a capacitação técnica dos julgadores em matéria orçamentária para que eles visualizem os impactos dos seus julgamentos em matéria de saúde no orçamento público e o possível prejuízo da implementação de outras demandas sociais, diante da insuficiência dos recursos financeiros.

Outrossim, seria de grande relevância e utilidade à criação de câmaras técnicas para auxiliarem os magistrados a ter uma decisão técnica nos casos de saúde, através do fornecimento de laudos técnicos. Bem como, a criação de várias especializadas em direito à saúde.

Por fim, com base na revisão bibliográfica realizada e com fundamento em todos os dados apresentados, pode-se concluir que as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível em relação ao direito à saúde, podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado e comprometido com a integridade da ordem constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisboa. **Direito à Saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social**. 214 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa. Belo Horizonte, 2013.

AMARAL, Gustavo. **Direito Escassez e Escolha: Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 14, n.39, fev. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 fev. 2017.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da Saúde e Conselho Nacional de Justiça: Perspectivas e Desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. KOZICKI, Katya. Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, n. 1, v. 8, p. 72, jan./jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 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**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista [Syn]Thesis**. Rio de Janeiro, v. 5, n.1, 2012.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões Judiciais e Orçamento Público no Brasil: Aproximação Empírica a uma Relação Emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Quantidade de Demandas nos Tribunais. **Relatório de Demandas Relacionadas à Saúde nos Tribunais até 2011**. Relatório de Demandas Relacionadas à Saúde nos Tribunais – Dados Enviados até Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **O Financiamento da Saúde**. Brasília: CONASS, 2011. V. 2, p. 49

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa Federal**. In: *Vade Mecum*. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde. **Intervenção Judicial na Saúde Pública: Panorama no Âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. Peça 19 do Processo026.797/2013-5. Maio 2013. Disponível em: <<http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

_____. **Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde... Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jan. 2012. Seção 1, p. 1-4.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 19 de fev. 2017.

_____. Ministério da Saúde. **Fundo Nacional de Saúde. Gestão Financeira do Sistema Único de Saúde**: Manual Básico. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 16.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJU em 04.05.2004.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

_____. _____. **AG. REG. RE 716.777/RS**. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no DJe em 16.05.2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23275545/agreg-no-recurso-extraordinario-re-716777-rs-stf/inteiro-teor-111667931?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 de fev. de 2017.

_____. _____. **AG. REG. STA 175/CE**. Relator Ministro Gilmar Mendes . Publicado no DJe em 30.04.2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 de fev. de 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo nº 032.624/2013-1**. Relator Ministro Benjamim Zymler. Publicado no DJ em 26.03.2014. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=502278>. Acesso em: 20 fev. 2017.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: A Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea**. 246 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In:BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O Cumprimento da Emenda Constitucional 29 no Brasil. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 23, n. 7, .07.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2007000700012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 fev. 2017.

CARLINI, Angélica. **Da Saúde Pública e Privada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, a. 14, n.54, p. 30-31. jan/mar. 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Fórum do Judiciário para a Saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: Dignidade da Pessoa Humana e Mínimo Existencial, O Papel do Poder Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2006.

CZERESNIA, Dina. **O Conceito de Saúde e a Diferença entre Prevenção e Promoção**. In: CZERESNIA, Dina; FREITAS, Carlos Machado de (Orgs.). **Promoção da Saúde: Conceitos, Reflexões e Tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva 2012.

FISCHER, Octavio Campos. **Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e Políticas (Públicas) Sociais. **Cadernos CEDES**, v. 21, n.55, p. 31, nov. 2001.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma Visão Comparativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n.144, p. 239-260,

out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “Reserva do Possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: Um Direito Fundamental Social Individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**. Brasília, v. 1, n.1, 2011.

_____. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 5, n.18, 2007.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n. 15, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NALINI, José Renato. O Judiciário e a Ética na Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). **O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e Controle Jurisdicional: Uma Análise Hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. **Direito Fundamental à Saúde, Ativismo Judicial e os Impactos no Orçamento Público**. Curitiba: Juruá, 2015.

PINTO, Élica G.; FLEURY, Sonia. Custeio do direito à saúde: em busca da mesma proteção constitucional conquistada pelo direito à educação. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 13, n. 1, p. 54-80, junho, 2012. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/55693/59109>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial**. 270 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu Conteúdo, Eficácia, Efetividade no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). **Direitos**

Fundamentais e Estado Constitucional: Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito:** Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Orçamento Público, Direitos Sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na Implementação dos Direitos Sociais.** In: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coords.). **Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais:** Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Sociais:** Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SUZIN, Jederson. **A Implementação do Direito à Saúde:** A Legitimidade do Judiciário e seus Limites. 100 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2012.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** Limites da Atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: Uma Perspectiva de Direito e Economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais Orçamento e Reserva do Possível.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação**. In: ZILLES, Urbano (Coord.). Miguel Reale: Estudos em Homenagem a seus 90 anos. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. v. 5.:** o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de Recursos, Custos dos Direitos e Reserva do Possível na Jurisprudência do STF**. Revista Direito GV. São Paulo, 2008.