



A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NAS QUESTÕES ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE FRENTE AOS LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO

THE ACTION OF THE JUDICIARY IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES IN THE ISSUES INVOLVING THE RIGHT TO HEALTH WITH THE BUDGET LIMITS OF THE STATE

Rogério Fernandes de Abreu¹
Stefanie Silva²
Andreia Cadore Tolfo³

RESUMO

A efetividade dos direitos fundamentais sociais se dá principalmente através das políticas públicas criadas pelo Estado, as quais muitas vezes não atendem as demandas da sociedade de maneira eficaz. Desta forma, os indivíduos buscam o Poder Judiciário para que este efetive os direitos fundamentais no caso concreto, surgindo então os fenômenos da judicialização dos direitos e do ativismo judicial. Porém, em algumas decisões envolvendo direitos sociais, como o direito à saúde, pode haver interferência do Judiciário no planejamento estatal, visto que as políticas públicas necessitam de recurso para sua elaboração, estabelecido mediante previsão orçamentária, a qual deve estar vinculada às leis que regem o assunto. Tais decisões são de competência do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O objetivo deste trabalho é verificar a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas nas questões envolvendo o direito à saúde frente aos limites orçamentários do Estado. Para elaboração do presente artigo foi utilizada pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como método dedutivo, abordando-se inicialmente a efetividade dos direitos sociais por meio de políticas públicas. Posteriormente, aborda-se a judicialização dos direitos sociais, para em seguida se analisar as consequências disso no orçamento público do Estado. O trabalho destaca que, apesar da necessidade da atuação do Poder Judiciário, as decisões judiciais precisam de razoabilidade, para que o princípio da separação dos poderes não seja desrespeitado e para que o Estado Democrático de Direito seja mantido.

PALAVRAS CHAVES: Ativismo Judicial. Direitos fundamentais. Judicialização.

ABSTRACT

¹ Autor. Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP) – campus Alegrete/RS. E-mail: rogeriofernandesdeabreu21@gmail.com

² Autora. Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP) – campus Alegrete/RS. E-mail: stehcs@gmail.com

³ Orientadora. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Curso de Direito da Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Coordenadora do Projeto de Pesquisa Os tratados internacionais de direitos humanos e seu impacto na ordem jurídica brasileira, financiado pelo Programa Institucional de Apoio a Projetos de Pesquisa (PAP) da URCAMP. E-mail: andcadore@gmail.com



The effectiveness of fundamental social rights occurs mainly through public policies created by the State, which often do not meet the demands of society in an effective way. In this way, the individuals seek the Judiciary Power so that it can exercise the fundamental rights in the concrete case, appearing then the phenomena of the judicialization of the rights and the judicial activism. However, in some decisions involving social rights, such as the right to health, there may be interference by the judiciary in state planning, since public policies need recourse to their elaboration, established through budgetary forecast, which must be bound by the laws that govern the subject. These decisions are the responsibility of the Legislative Branch and the Executive Branch. The objective of this study is to verify the role of the Judiciary in the control of public policies in issues involving the right to health against the budgetary limits of the State. For the preparation of this article, bibliographical and jurisprudential research was used, as well as deductive method, initially addressing the effectiveness of social rights through public policies. Subsequently, it addresses the judicialization of social rights, and then analyze the consequences of this in the public budget of the State. The paper stresses that, despite the need for judicial action, judicial decisions need to be reasonable, so that the principle of separation of powers is not disrespected and for the Democratic State of Law to be maintained.

KEYWORDS: Judicial Activism. Fundamental rights. Judicialization.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais surgiram da necessidade de impor limites aos abusos cometidos pelo Estado, assim, eles consagram princípios básicos como de igualdade e de legalidade (MORAES, 2006, p. 01). Esses direitos impõem ao Estado, sobretudo, o dever de respeitar a liberdade dos indivíduos.

Porém, isso não foi suficiente, pois embora houvesse liberdade individual, a transformação da sociedade também trouxe desigualdades sociais, diante das quais as classes menos favorecidas clamavam por uma ação positiva do Estado (SILVA, 2010, p. 175).

Surgiu então a necessidade de concretizar a igualdade material entre as pessoas, atribuindo-se ao Estado não só a obrigação de não intervir na vida pessoal de cada cidadão, mas também o dever de garantir direitos sociais, como saúde, educação, moradia, etc. Em razão das diferenças existentes na sociedade, o Estado deve garantir o mínimo existencial para cada um, a fim de que todos possam viver de forma digna.



Impõem-se, assim, ao Estado o dever de dar efetividade aos direitos sociais previstos nas Constituições. Para concretização destes direitos são essenciais políticas públicas, que demandam orçamento público e investimento estatal em diversos setores. No Brasil, o Estado muitas vezes se omite na concretização destes direitos sociais, tendo políticas públicas ineficientes e pouco abrangentes.

Diante da ineficiência do Estado brasileiro em dar cumprimento aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, o Poder Judiciário tem atuado com bastante destaque, pois é procurado por pessoas que se sentem prejudicadas diante dessa omissão estatal. Isso deu origem à judicialização dos direitos e ao ativismo judicial, que faz com que os tribunais atuem muitas vezes de maneira política, tomando decisões que envolvem campo de atuação da administração pública.

É o Poder Executivo, através da administração pública, que tem como função típica gerir os recursos públicos frente às demandas da sociedade. Porém, em face da situação de não efetividade dos direitos sociais, algumas vezes, o Judiciário tem tomado decisões que envolvem o controle das políticas públicas. Nessa situação, torna-se difícil determinar o limite da atuação do Poder Judiciário, sobretudo diante dos limites orçamentários do Estado.

Tendo em vista a judicialização dos direitos e o ativismo judicial, este artigo tem por objetivo verificar a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas nas questões envolvendo o direito social à saúde frente aos limites orçamentários do Estado. O trabalho usa pesquisa bibliográfica e método dedutivo.

Este trabalho possui vínculo com a área de concentração Cidadania, Políticas Públicas e Diálogo entre Culturas Jurídicas e com a linha de pesquisa Constitucionalismo e Concretização de Direitos, por abordar a eficácia dos direitos sociais.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EFETIVIDADE POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A partir do final do século XVIII, diante da opressão imposta por governos absolutistas, deu-se início a um processo de busca pela liberdade dos indivíduos. Surgiram, então, as primeiras declarações de direitos, sendo a Declaração dos Direitos do Homem e do



Cidadão, elaborada pela Revolução Francesa em 1789, um importante marco na proteção dos direitos individuais e coletivos. Delimitou-se, assim, a interferência do Estado, o qual era visto nos séculos XVIII e XIX como verdadeiro inimigo da liberdade individual (FERREIRA FILHO, 2013, p. 320-321).

O pensamento iluminista da exaltação das liberdades e dos valores individuais fez com que as primeiras declarações dos direitos do homem tivessem como base o individualismo. Porém, com o desenvolvimento industrial e o surgimento de classes menos favorecidas, originaram-se outros direitos fundamentais como os direitos econômicos e sociais. A fim de proteger esses direitos, houve a necessidade de intervenção estatal em favor das pessoas, por intermédio de prestações positivas (SILVA, 2010, p. 174-175).

O reconhecimento dos direitos fundamentais, com sua positivação, trouxe a garantia para que qualquer indivíduo pudesse reivindicar sua tutela perante os órgãos estatais, de forma a garantir a plena efetivação da democracia (MORAES, 2006, p. 03-04).

Assim, os direitos fundamentais passaram à ordem institucional dividido em três gerações ou dimensões, traduzindo um processo cumulativo e qualitativo, de universalidade material concreta (BONAVIDES, 2001, p. 516-517).

A primeira dimensão de direitos (civis e políticos) tem a ver com o aspecto negativo do poder, ou seja, os indivíduos têm direito à liberdade, à vida, à propriedade, sem que haja intervenção do Estado (liberalismo), caracterizando estes como direitos de defesa (SILVA, 2015, p. 25-26).

Já a segunda dimensão de direitos (econômicos, sociais e culturais) exige uma prestação positiva do Estado. Isso ocorre através de políticas públicas direcionadas à saúde, educação, segurança, previdência (COMPARATO, 2013, p. 65). Os direitos de segunda dimensão, embora tenham *status* positivo, também carregam valores que devem ser respeitados pelo Estado de modo que não venham a ser prejudicados pela ação estatal, sendo importante ressaltar que com os direitos de segunda dimensão passou-se do estado liberal para o estado social (BONAVIDES, 2007, p.186).

Finalmente, os direitos de terceira dimensão (solidariedade ou fraternidade) trazem o direito à paz, ao progresso, a uma melhor qualidade de vida, bem como, os direitos difusos e



coletivos destinados, na verdade, a qualquer ser humano, como o direito a um meio ambiente equilibrado (MORAES, 2012, p. 29-30).

Muito embora, conforme leciona Paulo Bonavides (2001, p. 525), existam também os direitos de quarta e quinta dimensão, as três primeiras dimensões de direitos são a base que “formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia”, sendo esta decorrência das demais.

No Brasil, os direitos e garantias individuais encontram-se positivados na Constituição Federal, em seu Título II, subdividindo-se em direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (art. 6º a 11), nacionalidade (art. 12 e 13), direitos políticos (art. 14 a 16) e partidos políticos (art. 17).

Dentre estes, merecem destaque os direitos sociais, os quais necessitam de uma atuação positiva do Estado para ter efetividade. Esses direitos estão consagrados constitucionalmente no artigo 6º, compreendendo: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. É dever do Estado criar políticas públicas que garantam sua efetividade, a fim de dar cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da CF/88.

Segundo Luis Roberto Barroso (2010, p. 21-30), o princípio da dignidade da pessoa humana possui três conteúdos essenciais: valor intrínseco, que torna o ser humano especial diante dos demais seres, não podendo seu valor ser precificado, devendo ser protegida sua integridade física e psíquica contra qualquer tipo de abuso, não podendo ser usado de forma utilitarista; autonomia da vontade, pela qual cada pessoa tem o direito de fazer suas próprias escolhas de vida, sem ser prejudicado por isso; e valor comunitário, caracterizado como um freio à autonomia da vontade, podendo ser considerado um limite a ser observado a fim de evitar a invasão ou limitação ao exercício dos direitos fundamentais alheios.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um valor ínsito a própria pessoa, determinando que todos devem ter assegurado um mínimo invulnerável e somente excepcionalmente devem ser feitas restrições ao exercício dos direitos fundamentais (MORAES, 2006, p. 48-49).



É neste sentido que surgem as políticas públicas voltadas a garantir o mínimo existencial para que cada indivíduo possa ter garantida a efetividade dos direitos sociais, a qual pode ser definida como a materialização do direito (BARROSO, 1996, p. 86).

As políticas públicas servem como meios para a concretização dos direitos sociais, a fim de garantir a igualdade material entre os indivíduos, na busca pela justiça social, segurança e desenvolvimento social e econômico (SILVA apud GARCIA, 2015, p. 51). São ações desenvolvidas pelo Estado para disponibilizar certos direitos reconhecidos constitucionalmente e pela própria sociedade, assegurando a concretização de determinado direito para um segmento social específico ou de forma difusa (SMAP, 2016). Ou seja, as políticas públicas podem ser elaboradas por iniciativa dos poderes Executivo e Legislativo, devendo ser formuladas em atendimento a demandas da sociedade e em conformidade com o orçamento público disponível.

Contudo, é importante notar que as normas constitucionais relativas aos direitos sociais possuem eficácia jurídica, ou seja, estão aptas desde já a produzir seus efeitos, bem como, eficácia social, isto é, têm potencial para ser aplicada em casos concretos. Assim, esses direitos não podem ser concebidos como meras previsões constitucionais, dependentes da vontade pessoal do administrador público (TEMER, 2014, p. 23). Neste aspecto, assume fundamental importância a alegada falta de orçamento público no Brasil para a concretização desses direitos.

De nada adiantaria a previsão constitucional dos direitos sociais à saúde, à educação, à segurança, à previdência social, dentre outros, se aqueles que têm o dever de buscar sua realização se escondem atrás das dificuldades orçamentárias. Muito embora se saiba que as necessidades são infinitas e os recursos escassos, a omissão estatal configura violação dos princípios fundamentais (NETTO, 2010, p. 111).

2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Embora os direitos sociais estejam previstos na Constituição Federal, havendo o dever do Estado em concretizá-los, o que acontece na prática é que cada vez mais se verifica uma



grande procura pelo Judiciário com a finalidade de que este supra a omissão e inércia dos poderes Executivo e Legislativo.

Muito embora no Brasil haja uma democracia representativa, na qual o povo, através do parlamento, participa da política nacional, devido à falta de efetividade dos direitos sociais, os cidadãos não querem esperar diante de discussões político-filosóficas e acabam procurando o Poder Judiciário para ter acesso aos direitos previstos na Constituição (SILVA, 2015, p. 78).

Surge então um fenômeno que vem de destacando no cenário jurídico brasileiro: a judicialização dos direitos sociais, como, por exemplo, o direito à saúde. Com base nos artigos 6º e 196 da Constituição, os interessados recorrem ao Judiciário reivindicando o que é um dever do Estado, ou seja, assegurar às pessoas o acesso aos meios necessários para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso trouxe muita discussão sobre a judicialização da política e sobre o ativismo judicial, os quais são usados como mecanismos de concretização e de defesa dos direitos fundamentais.

A judicialização da política e o ativismo judicial são formas de jurisdição em que os juízes, embora não eleitos pelo povo, têm atitudes políticas. Porém, conforme Barroso (2016, p. 6), essas duas figuras não se confundem, apesar de terem muitas semelhanças:

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. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Desde o caso paradigmático *Marbury v. Madison* ocorrido nos Estados Unidos e julgado em 1803 pela Suprema Corte daquele país, a manifestação do Judiciário acerca da validade de leis ou ato jurídico transformou-se talvez numa das mais importantes formas de



manifestação da jurisdição constitucional (GERVASONI; LEAL apud ZAFFARONI, 2013, p. 58).

Porém, a referida decisão, que na verdade se tratava de uma decisão política, foi transformada em questão jurídica através da invocação da supremacia da Constituição. Isso consagrou o Judiciário como verdadeiro Poder, assegurando aos juízes atuarem de forma política no controle dos atos do Executivo e do Legislativo (DALLARI, 1996, p. 91).

Desde então, o ativismo judicial representa uma forma de ação dos magistrados em que se aumenta a área de atuação do Judiciário, avançando sobre assuntos que seriam tipicamente de outro poder, por decisão do próprio julgador (BARROSO, 2016, p. 03).

Já a judicialização nada mais é do que uma transferência de poder da própria sociedade para o poder Judiciário, mediante ação judicial, a fim de que este decida as grandes questões sociais e políticas, mesmo em confronto com os demais poderes (BARROSO, 2016, p. 03).

Ocorre que o Judiciário não tem competência para criar políticas públicas para satisfação dos direitos reivindicados pelo cidadão, visto que pela separação dos poderes isto seria função do Executivo, com responsabilidade também do Legislativo.

A separação de poderes, ou separação funcional do poder, tem como objetivo precípuo prevenir o arbítrio, limitando o uso indiscriminado do Estado para práticas autoritárias, funcionando como um sistema de freios e contrapesos, talvez o mais eficaz, historicamente, na defesa das liberdades individuais (FERREIRA FILHO, 2014, p.164 e 165).

Porém, após a Segunda Guerra Mundial houve uma mudança de visão quanto aos princípios consagradores dos direitos fundamentais, quando estes passaram a ser vistos como normas plenas e de aplicação imediata, ampliando de forma definitiva a competência dos tribunais constitucionais, trazendo-lhes maior poder de controle das leis e efetivação dos direitos em casos concretos (MAGALHÃES FILHO, 2015, p. 29).

No entanto, existem algumas questões sensíveis na judicialização, sobretudo no que diz respeito à igualdade no acesso aos direitos. Ela acaba beneficiando quem tem acesso ao Judiciário, pois, apesar do acesso à justiça ser um direito de todas as pessoas, nem todos têm os meios e informações necessárias para tanto. Com isso, pode haver violação do princípio da



igualdade, visto que, enquanto alguns têm que aguardar em filas enormes por um tratamento ou medicamento, outros conseguem atendimento mais rápido pela via judicial.

Também há que se considerar a possível violação do princípio da separação dos poderes, tendo em vista que a implementação das políticas públicas é função (típica) do poder Executivo, sendo o Legislativo responsável por sua fiscalização. Isso pode acarretar também uma desordem de fundo econômica, visto que toda política governamental deve ter previsão orçamentária para sua implementação.

Por outro lado, como ressalta Schulze (2015, p.29), as promessas da (pós) modernidade trouxeram uma grande expectativa para o ser humano, o qual imagina que o Estado é o grande provedor de todas as suas necessidades, detentor de recursos infinitos, produzindo assim essa grande discussão que não pode ser adiada sob pena de se tornar inviável a administração pública.

Assim, se os recursos fossem infinitos, e a questão fosse meramente de escolha, o princípio do acesso universal e igualitário dependeria apenas da alocação de recursos conforme as necessidades de cada indivíduo (FERRAZ e VIEIRA, 2009, p.18). Porém, como os recursos são limitados, como realizar escolhas sem que haja violação ao princípio da igualdade, que é a base dos direitos fundamentais sociais? Além disso, é preciso verificar se a atuação do poder Judiciário, sobretudo no ativismo judicial, não viola o princípio da separação dos poderes.

3 AS CONSEQUÊNCIAS DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO ORÇAMENTO PÚBLICO DO ESTADO

O Poder Executivo é quem tem o poder para definir quais são suas prioridades em políticas públicas, bem como, os meios pelos quais irá implementá-las e a previsão para alcance dos resultados. Trata-se de um exercício complexo, no qual se devem prever como serão alocados os recursos disponíveis, mediante planos plurianuais, fixando diretrizes orçamentárias, integradas com medidas legislativas ordenadoras das despesas e receitas públicas, com respeito às competências e autonomias previstas constitucionalmente (SILVA, 2015, p. 119).



Há um longo caminho a ser percorrido até que seja implementado um serviço público que atenda às necessidades da população, com a finalidade de assegurar que os recursos – limitados diante das infinitas demandas sociais – sejam alocados de forma justa e eficiente. Nesta perspectiva, o Estado deve compatibilizar as necessidades básicas da sociedade com a escassez financeira, para que se possa administrar com sustentabilidade, ou seja, não se pode simplesmente impactar o orçamento de forma desordenada, visto que a ética pública, embora exija que se tenha compromisso com a sociedade, isto não deve inviabilizar as gerações futuras (SCHULZE, 2015, p. 92-93).

Neste sentido, é possível que o Judiciário, com sentenças carentes de informações especializadas que possam otimizar a utilização de recursos, comprometa a organização do Estado, o qual tem toda uma estrutura administrativa para dar suporte às suas opções com relação às políticas públicas, o que dificulta a eficiência do serviço público (SILVA, 2015, p. 123). Ou seja, sem as informações técnicas para melhor escolha, muitas decisões judiciais acabam privilegiando poucos beneficiários em detrimento de muitos.

Os direitos fundamentais são universais, o que faz com que o Poder Público deva garantir o pleno acesso aos respectivos serviços. Ocorre que, em um país como o Brasil, é praticamente impossível assegurar que todos, de forma igualitária e universal, sejam contemplados nas suas necessidades individuais e, mesmo sendo legítima a busca pelo Judiciário, este não pode ser o principal responsável por sua materialização.

Pode surgir, então, uma possível violação do princípio da igualdade, visto que o juiz deve também se ater a este princípio para interpretação das normas, para que todos tenham as mesmas possibilidades de exercício de um direito, sem que se criem privilégios de nenhuma natureza (FERREIRA FILHO, 2013, p. 314).

Assim, a judicialização em excesso faz com que cidadãos sejam tratados de forma não isonômica, pois se a norma constitucional prevê um direito social para a coletividade, o Estado não pode ser obrigado a fornecer algo a apenas um indivíduo (SILVA, 2015, p. 125).

O orçamento público vincula o administrador às previsões orçamentárias, podendo este até mesmo incorrer em crime de responsabilidade fiscal caso as descumpra (Leis nºs 1.079/50 e 10.028/00), tendo que realocar recursos previstos para certas áreas, prejudicando aqueles que seriam os destinatários por direito, afetando dramaticamente o orçamento público.



Desta forma, o Judiciário deve estar atento às decisões envolvendo o orçamento público, já que esse Poder não participa da elaboração dos planos orçamentários. A partir do momento em que o Judiciário gera despesas não previstas para o Estado é possível que esse Poder ultrapasse os limites impostos pela própria Constituição e pelos princípios que regem as finanças públicas (CARVALHO, 2016).

É possível citar como exemplo a decisão do STF no RE 368564, do ano de 2011, em que pessoas portadoras de uma doença rara, chamada de retinose pigmentar, que leva à perda progressiva da visão, tinham impetrado um Mandado de Segurança para terem custeada a viagem para o tratamento em Cuba. Porém, foi expedido laudo pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia no sentido de que não há tratamento específico para a doença, no Brasil ou no exterior. Contudo, alguns dos votos dos Ministros do STF foram sustentados com base em informações veiculadas pelos meios de comunicação, de que o tratamento em Cuba seria eficaz para a cura da doença (STF, 2011). Porém, até o momento ainda não há tratamento reconhecido para a cura da respectiva patologia (MINHA VIDA, 2016).

Também é importante citar os Recursos Extraordinários 566471 e 657718 que versam sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo que não constam na lista do SUS e medicamentos não registrados na ANVISA.

O Ministro relator, Marco Aurélio Mello, referiu em seu voto no RE 566471 que:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso (STF, 2016).

No referido Recurso Extraordinário, o Ministro Barroso destacou que é necessária a desjudicialização do debate sobre políticas públicas, neste caso da saúde, visto que o Judiciário não é a instância adequada para tal, sendo seu papel interferir somente excepcionalmente (STF, 2016).

Ainda, ressaltou Barroso (STF, 2016) que os medicamentos incorporados ao SUS devem ser fornecidos pelo Estado, inclusive, se for o caso, mediante intervenção do judiciário, a fim de dar efetividade às políticas públicas de saúde já existentes. Contudo, os



medicamentos não incorporados ao SUS, inclusive os de alto custo, o Estado não pode ser obrigado a fornecer, pois neste caso “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”.

Já em relação aos medicamentos não registrados na ANVISA, o ministro Barroso (STF, 2016) salientou que “o registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços”.

É necessário agir com razoabilidade e responsabilidade para não onerar o Estado, sem considerar o impacto que tais decisões trariam ao orçamento público se qualquer tratamento ou medicamento fosse fornecido sem a prévia precaução quanto à eficácia e segurança do mesmo.

O problema é que em certas situações as decisões judiciais vêm substituindo o processo legislativo o qual tem como característica o amadurecimento de ideias. Assim, vários grupos organizados se utilizam dos tribunais, até mesmo através de apelo midiático, para encurtarem o caminho e obterem decisões por vezes precipitadas. Com isso o Judiciário emite verdadeiras decisões políticas, mesmo não tendo legitimidade para tanto, muitas vezes atendo-se apenas a um lado da questão que interessa (MAGALHÃES FILHO, 2013, p. 33-35).

Por outro lado, é necessário que a ideia de que as normas sobre direitos fundamentais seriam meramente programáticas, que os direitos sociais seriam apenas promessas do Estado, deve ser superada. Embora o gestor público tenha discricionariedade administrativa, não pode valer-se do argumento da reserva do possível e da soberania orçamentária para sonegar direitos previstos constitucionalmente e que devem ser efetivados, sob pena de perverterem a vontade do constituinte originário (SILVA, 2015, p. 44).

Porém, é preciso atenção ao princípio da proporcionalidade, que surgiu justamente da necessidade de se definir parâmetros para que o julgador possa, no caso concreto, intervir nas políticas públicas, sem sacrificar um direito por outro. A partir da razoabilidade entre o interesse individual e coletivo, deve-se decidir à luz dos valores consagrados no ordenamento jurídico (LOPES, 2001, p. 72-73)



O princípio da proporcionalidade faz com que o magistrado tenha que reunir os argumentos e elementos necessários para demonstrar que o resultado que se pretende alcançar é acertado e que as vantagens da decisão superem as desvantagens (SILVA, 2015, p. 132-133).

O princípio da proporcionalidade guarda também estrita relação com o princípio da razoabilidade. Este funciona como um limite à discricionariedade legislativa e administrativa, funcionando como um parâmetro da atuação do poder público o qual deve praticar atos que se destinarão a determinados fins, devendo ser utilizados meios eficientes (BARROSO, 2015).

Próximo disto, o princípio da proporcionalidade pondera entre valores constitucionais que se contrapõem num dado momento, como por exemplo, a colisão de direitos fundamentais com direitos coletivos. Desta forma, no momento da decisão o magistrado terá que demonstrar que está buscando um fim legítimo, sem deixar de considerar que o meio para efetivação do direito seja adequado ao respectivo fim a que se destina (BARROSO, 2015).

Assim, os poderes do Estado, ou a função que cada um possui, não autoriza que um ultrapasse sua competência prevista constitucionalmente. Certamente, os textos da Constituição sobre direitos e garantias fundamentais devem ser considerados sob o prisma da máxima efetividade das normas constitucionais, porém, não pode ser um cheque em branco ao intérprete. A definição do conteúdo, alcance e forma de exercício dos direitos constitucionais, em regra, é prerrogativa do Legislativo, enquanto a aplicação e regulamentação é função da Administração Pública, sendo função típica do Judiciário, o não menos importante, controle dos atos administrativos e da constitucionalidade das leis (GEBRAN NETO, 2015, p. 141-142).

Importante também ressaltar que embora o poder Judiciário tenha papel importantíssimo, ele carece de legitimidade para agir politicamente. Conforme lição de Barroso (2012):

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir



demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

Desta forma, pode-se inferir que não há óbice para que o Judiciário intervenha nas decisões políticas do Estado quando este simplesmente deixa de cumprir com seu dever de garantir materialmente um direito legítimo ao cidadão. Todavia, não poderá estabelecer os meios para que o administrador efetive o respectivo direito, pois assim violaria a liberdade de escolha do Poder Público, a denominada discricionariedade administrativa (SILVA, 2015, p. 112), pela qual a Administração Pública pode agir segundo critérios de conveniência e oportunidade, que compõem o mérito do ato administrativo, com o intuito de satisfazer o interesse público objetivado abstratamente na norma (ARAÚJO, 2015).

Administrar é sempre fazer escolhas. No entanto estas escolhas devem ser pautadas em alguns critérios que minimizem os possíveis erros na alocação de recursos, os quais são sempre limitados diante das demandas intermináveis de uma sociedade complexa. Quanto mais escassos os recursos, maior a responsabilidade do gestor em eleger prioridades, não arbitrariamente, mas porque as circunstâncias exigem, sendo necessário impor critérios objetivos para sua realização (GEBRAN NETO, 2015, p. 144-145).

É utilizando a proporcionalidade e a razoabilidade que o poder Judiciário pode atuar no sentido de efetivar os direitos sociais, principalmente o direito à saúde, de forma a cumprir sua missão de decidir as lides nos casos concretos, mas sem interferência nas esferas de decisão dos outros poderes constituídos.

CONCLUSÃO

O reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição Federal exige que o Estado seja capaz de garantir o mínimo existencial para toda a coletividade, a fim de cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais não podem configurar meras declarações, mas precisam de efetividade, sendo cumprido nos casos concretos.

Porém, diante da atual situação econômica e política do país, a realidade evidencia que o Estado não tem conseguido garantir eficácia aos esses direitos. Em razão disso, as pessoas têm cada vez mais buscado o Judiciário para ter seus direitos respeitados.



A atuação do Judiciário na satisfação dos direitos fundamentais, sobretudo em relação ao direito à saúde é necessária. Contudo, a questão que se coloca é o limite da atuação do Judiciário em termos de decisões que impactam o orçamento público. Nesse sentido, é preciso considerar que a limitação de funções dos poderes do Estado existe para que não haja arbítrio de um Poder sobre o outro. O próprio Judiciário deve analisar cada caso, tendo consciência de que a sua atuação política poderá dar margem para invasão de funções, gerando uma crise institucional.

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade é extremamente útil, sobretudo para verificar se a decisão judicial não trará prejuízos para a coletividade, afetando o orçamento público, prejudicando as políticas públicas já instituídas e mesmo privilegiando alguns em detrimento da coletividade. É preciso estar atento para, ao alocar grandes recursos para poucas pessoas, não se prejudicar a coletividade e desordenar o orçamento público já previsto.

O Judiciário, nas suas decisões, precisa ter cautela para não usurpar o poder discricionário conferido ao Poder Executivo, o qual deve agir conforme a conveniência e oportunidade em cada caso para efetivação dos direitos sociais. O desafio que se impõe ao Judiciário em cada caso levado ao seu conhecimento é encontrar o limite na sua atuação, agindo como concretizador de direitos, mas sem desconsiderar o planejamento do orçamento público que é votado pelo Poder Legislativo e aplicado pelo Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Biblioteca Virtual. Disponível em: < <http://bvirtual.urcamp.tche.br>>. Acesso em: 06 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em: 09 out. 2016.



BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Biblioteca Virtual. Disponível em: <<http://bvirtual.urcamp.tche.br>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Nara Moreira Ferrario de. **A judicialização da saúde pública e os princípios orçamentários, no âmbito do STF**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-judicializacao-da-saude-publica-e-os-principios-orcamentarios-no-ambito-do-stf,55647.html>>. Acesso em: 05 nov. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. In Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, 2009.

FERREIRA FILHO. **Curso de direito constitucional**. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

LOPES. João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGALHÃES FILHO. **Curso de hermenêutica jurídica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MINHA VIDA. **Retinose pigmentar sintomas, tratamentos e causas**. Disponível em: <<http://www.minhavidacom.br/saude/temas/retinose-pigmentar>>. Acesso em 05 nov. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NETTO, Luísa Cristina Pinto. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.



SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHULZE, Clênio; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SMAP. **Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos do Estado do Paraná**.

Disponível em: <http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/coea/pncpr/O_que_sao_PolíticasPublicas.pdf>. Acesso em: 19 set. 2016.

STF. **1ª Turma garante tratamento em Cuba a portadores de doença ocular**. 2011.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147>>. Acesso em: 29 out. 2016.

STF. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. 2016. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.